Hartmut Benecken

# DIE ZULÄSSIGKEIT BISLANG ALS TARIFVERTRAGSWIDRIG UND DELIKTISCH BEHANDELTER STREIKS

1977

1978

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547213_0011

# DIE ZULÄSSIGKEIT BISLANG ALS TARIFVERTRAGSWIDRIG UND DELIKTISCH BEHANDELTER STREIKS

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors
der Rechte durch den Fachbereich Rechtswissenschaft
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

Vorgelegt von
Hartmut Benecken
aus Essen
1978

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof.Dr. Knopp

Zweiter Berichterstatter: Priv.Doz.Dr. Vollmer

Dekan: Prof.Dr. Welp

Tag der mündlichen Prüfung: 5.12.1977

Inhaltsverzeichnis


| | Seite |
|---|---|
| Literaturverzeichnis | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XXI |
| A. Einleitung | 1 |
| I. Begriff des Streiks | 3 |
| II. Rechtmäßigkeitsprüfung hinsichtlich der verschiedenen Erscheinungsformen | 4 |
| 1) Streikarten | 5 |
| 2) Einheitstheorie | 6 |
| B. Der tarifwidrige Streik | 7 |
| I. Die Parteien des TV | 7 |
| II. Friedensfunktion des TV | 9 |
| III. Umfang der Friedenspflicht | 10 |
| 1) Keine Erweiterung der relativen Friedenspflicht | 11 |
| a) Beginn der Kampfmaßnahme | 11 |
| b) Störung des Wirtschaftslebens | 13 |
| c) Tariflich nicht geregelte Komplexe | 13 |
| d) Auslegung des Umfangs der Friedenspflicht | 14 |
| 2) Hauptstreitpunkte bezüglich des Umfangs der Friedenspflicht | 17 |
| a) Streik während eines laufenden TV | 17 |
| b) Streik um die Auslegung des TV | 18 |
| c) Streik gegen den Abbau übertariflicher Löhne | 20 |
| 3) Zusammenfassung | 22 |
| IV. Geltungsdauer des TV | 23 |
| 1) Rechtsbehelfe für eine Lösung vom TV | 23 |
| 2) Rückwirkende Beseitigung des TV | 24 |
| a) TV als autonome Rechtssetzung | 24 |
| b) Grundsätze für die Rückwirkung belastender Normen | 25 |
| c) Auflösung des TV ex-tunc | 27 |
| (1) Fall des § 779 BGB | 27 |
| (2) Automatischer Fortfall des TV | 27 |

(3) Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Rücktritt ex tunc 28
(a) Sphäre des Zurücktretenden 30
(b) Kündigung 30
(c) Anfechtung nach § 123 BGB 30
(d) Nichtigkeit 32
(e) Ergebnis 33
3) Kündigung aus wichtigem Grund 33
a) Fall des § 119 BGB 33
b) Vertragsverletzung 34
c) Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse 35
(1) Kündbarkeit bei bestimmter Preissteigerung 36
(2) Keine Alternative über Indexklauseln 38
4) Teilkündigung 41
5) Lösung von einer zeitlich verlängerten Friedenspflicht 45
a) Schlichtungsvereinbarung als Inhalt des TV 45
b) Gesondertes Schlichtungsabkommen 46
c) Ergebnis 48
V. Betriebsnahe Tarifpolitik 48
1) Streik gegen einen verbandsangehörigen Arbeitgeber um den Abschluß eines Firmentarifvertrages 52
a) Soziale Autonomie 53
b) Spezialitätsprinzip 54
c) Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG) 55
(1) Individuelle Koalitionsfreiheit 56
(2) Kollektive Koalitionsfreiheit 57
d) § 74 BetrVG 61
e) Gleichbehandlungsgrundsatz 62
f) Ergebnis 62
2) Streik um den Abschluß eines Firmentarifvertrages bei laufendem Verbandstarifvertrag 62

a) Eintritt eines Arbeitgebers in den Arbeitgeberverband nach Abschluß des Verbandstarifvertrages 63
b) Öffnungsklauseln 67
(1) zeitliche Trennung der TV 69
(2) Rahmentheorie 70
3) Streik um den Abschluß eines unternehmensbezogenen Verbandstarifvertrages 73
a) Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz 74
b) Grundsatz der Unzumutbarkeit 77
4) Zusammenfassung 78
C. Der deliktische Streik 79
I. Die anzuwendende Vorschrift 79
1) § 826 BGB 79
2) § 823 I BGB 79
3) Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb im Arbeitskampfrecht 80
a) Kampf innerhalb der Produktionsgemeinschaft 80
b) Grundsatz der Waffengleichheit 83
c) Feststellung der Rechtswidrigkeit 85
d) Ergebnis 86
II. Sozialadaequanz 87
1) Regelung der Arbeitsbedingungen mit dem sozialen Gegenspieler 88
a) Der politische Streik 89
(1) Begriff des politischen Streiks 89
(a) Adressat des Streiks 89
(b) Umkämpfte Materie 90
(c) Ergebnis 92
(2) Rechtmäßigkeit des politischen Streiks 92
(3) Der politische Demonstrationsstreik 94
(4) Ergebnis 95
b) Der Sympathiestreik 95

(1) Begriff des Sympathiestreiks 96
(2) Rechtmäßigkeit des Sympathiestreiks 99
(a) Interesse am Hauptkampf 100
(b) Einflußmöglichkeit auf den Hauptkampf 102
(c) Sozialer Gegenspieler 103
(d) Ergebnis 105

2) Tariflich regelbares Kampfziel 106

3) Kollision mit Tarifregelungen 107
a) Allgemeinverbindlichkeitserklärung des TV 107
b) Fortdauer der Tarifgebundenheit 108
c) Tarifliche Friedenspflicht 109

4) Prinzip der Verhältnismäßigkeit 111
a. Inhalt der Entscheidung 112
b. Bedenken gegen die Entscheidung 113
(1) Terminologie 113
(2) Tragender Grund der Entscheidung 113
(a) Verwaltungsrechtliches Übermaßverbot 114
(b) § 3 StabG 115
(c) Generalklausel der Geheimwohlverträglichkeit 115
(3) Privatrechtliche Ebene 116
c. Schlichtungsverfahren 117
d. Urabstimmung 120
e. Möglichkeit des Beschreiten des Rechtsweges 122
f. Faire Kampfführung 126
(1) Unzulässige Mittel 127
(a) Aufnahme gesetzeswidriger Handlungen in den Kampfplan 127
(b) Wahrheitswidrige Kampfpropaganda 128
(2) Mittel-Zweck-Relation 128
(a) Mißverhältnis von Streikziel und -schaden 128
(b) Gefahr der Existenzvernichtung 130

(c) Schaden für die Allgemeinheit 130
(d) Streik in lebenswichtigen Betrieben 131
(e) Volkswirtschaftliche Berechtigung der Streikforderung 132
(f) Kampftaktik 133

5) Zusammenfassung 134

D. Der wilde Streik 135

I. Die verfassungsrechtliche Lage 137

1) Vereinigung i.S.d. Art. 9 III GG 138

2) Koalitionsmittel des Art. 9 III GG 142
a) Streikrecht als subjektives öffentliches Recht 142
b) Konnexgarantie des Streiks 143
c) Streikfreiheit für Koalitionen des Art. 9 III GG 144
(1) Außertarifliche Streikziele 144
(2) Streik und TV in der marktwirtschaftlichen Ordnung 146
(3) Wilder Streik und Sozialadaequanz 148
(4) Notstandsverfassung (Art. 9 III 3) 150
(5) Ergebnis 151

3) Spezialvorschriften 151
a) § 74 II 151
b) Art. 6 Ziff. 4 Europäische Sozialcharta 152

II. Rechtspolitische Abwägung 153

1) Auseinandersetzung mit dem BAG 154
2) Organisation der wild Streikenden 156
3) Kollision mit dem Tarifvertragssystem 158
a) Keine Störung des Tarifvertragssystems 158
b) Friedenspflicht = zeitlicher Streikverzicht 159

III. Streik - kollektiv ausgeübtes Rückbehaltungsrecht 161

1) Kein objektiver Unterschied 161
2) Gleicher subjektiver Tatbestand 162
IV. Teilnahme am wilden Streik ist kein Arbeitsvertragsbruch 165
1) Allgemeiner Zweck der Streikfreiheit 165
2) Widerspruch zu Grundsätzen der Kündigung 166
3) Spontanität des wilden Streiks 167
4) Bedeutungslosigkeit der Gewerkschaftszugehörigkeit 167
V. Übernahme eines wilden Streiks durch die Gewerkschaft 167
1) Intensität der Unterstützung 168
2) Rückwirkung der Übernahme 169

## Literaturverzeichnis

### I. Lehrbücher, Handbücher und Kommentare


| | |
|---|---|
| Anschütz | Die Verfassung des Deutschen Reiches<br>13. Auflage, 1930 |
| Bettermann-Nipperdey-Scheuner | Die Grundrechte, 3. Bd., 1. Halbb.<br>Berlin 1958 |
| Bobrowski-Gaul | Das Arbeitsrecht im Betrieb<br>6. Auflage, Heidelberg 1970 |
| Bonner Kommentar | Kommentar zum Bonner Grundgesetz,<br>Hamburg 1972 |
| Brox-Rüthers | Arbeitskampfrecht, Stuttgart 1965 |
| Enneccerus-Nipperdey | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<br>15. Auflage, Tübingen 1959, 1960 |
| Esser | Schuldrecht<br>Bd. I, Allg. Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970<br>Bd.II, Bes. Teil, 3. Aufl,, Karlsruhe 1969 |
| Fitting-Auffarth-Kaiser | Betriebsverfassungsgesetz,<br>10. Auflage, 1972 |
| Flume | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II<br>Das Rechtsgeschäft, Berlin, Heidelberg 1965 |
| Galperin-Siebert | Betriebsverfassungsgesetz<br>4. Auflage 1963 |
| Hanau-Adomeit | Juristische Lernbücher Bd. 1, Arbeitsrecht,<br>1972 |
| Hesse | Grundzüge der Verfassung der BRD<br>Karlsruhe 1967 |
| Huber | Wirtschaftsverwaltungsrecht Bd. 2<br>2. Auflage, Tübingen 1954 |
| Hueck | Das Tarifrecht, 3. Buch, Stuttgart 1922 |

| | |
|---|---|
| Hueck-Nipperdey | Lehrbuch des Arbeitsrechts<br>Bd. I bearbeitet von Hueck<br>7. Auflage, Berlin, Frankfurt 1963<br>Bd. 2 bearbeitet von Nipperdey und Säcker<br>7. Auflage, Berlin, Frankfurt 1970<br>6. Auflage, Berlin, Frankfurt 1957<br>3.-5. Auflage, Berlin, Frankfurt 1932 |
| Hueck-Nipperdey-Stahlhacke | Tarifvertragsgesetz<br>4. Auflage, München, Berlin 1964 |
| Jacobi | Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927 |
| Kaskel | Arbeitsrecht<br>3. Auflage, Berlin, Heidelberg 1928 |
| Kaskel-Dersch | Arbeitsrecht<br>5. Auflage, Berlin, Heidelberg 1957 |
| Larenz | Lehrbuch des Schuldrechts<br>1. Bd., 10. Auflage, München 1970<br>2. Bd., 9. Auflage, München 1968 |
| Lehmann-Hübner | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches<br>16. Auflage, Berlin 1966 |
| v. Mangoldt-Klein | Das Bonner Grundgesetz<br>Bd. I - III, Berlin, Frankfurt 1966 |
| Maunz | Deutsches Staatsrecht<br>17. Auflage, München 1969 |
| Maunz-Dürig-Herzog | Grundgesetz, Kommentar<br>Bd. I, II, München 1970 |
| Maus | Tarifvertragsgesetz, Göttingen 1956 |
| Neumann-Duesberg | Betriebsverfassungsrecht, Lehrbuch<br>Berlin 1960 |
| Neumann-Nipperdey-Scheuner | Die Grundrechte, 2. Bd.<br>Berlin 1954 |

| | |
|---|---|
| Nikisch | Arbeitsrecht<br>Bd. 1, 3. Auflage, Tübingen 1961<br>Bd. 2, 2. Auflage, Tübingen 1959 |
| Palandt | Bürgerliches Gesetzbuch<br>33. Auflage, München 1974 |
| Reichsgerichtsräte | Das Bürgerliche Gesetzbuch<br>Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern<br>Bd. II, 2. Teil, 11. Auflage, Berlin 1960 |
| Schaub | Arbeitsrechtshandbuch, 1972 |
| Söllner | Arbeitsrecht, 3. Auflage<br>Gießen 1972 |
| Staudinger | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Auflage<br>Bd. I , Allgemeiner Teil, Berlin 1957<br>Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse,<br>Teil 1a, Berlin 1967<br>Teil 1c, Berlin 1967<br>3. Teil, Berlin 1958 |
| Welzel | Das Deutsche Strafrecht<br>2. Auflage, Berlin 1949<br>9. Auflage, Berlin 1967 |

II. Monographien, Aufsätze, Dissertationen und sonstige Schriften


| | |
|---|---|
| Abendroth | Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie (Sultan und Abendroth, 1955) |
| | Der politische Streik, GewMH 1954, 258 |
| Anthes | Inhalt und Umfang der tariflichen Friedenspflicht NZfA 1931, Spalte 81 |
| Arndt | Thesen zu Art. 9 III GG, Festgabe für O. Kunze, S. 265 |
| | Zur Problematik der Indexlöhne, GewMH 52, 336 |
| Bauer | Politischer Streik und Strafrecht, JZ 1953, 648 |
| | Streik und Strafrecht, AuR 1955, 65 |
| Beitzke | Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen, Glückstadt 1948 |
| Bell | Wilde Arbeitskämpfe, Dissertation Köln 1966 |
| Bertele | Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung Heidelberg 1960 |
| Bettermann | Verpflichtungsermächtigung und Vertrag zu Lasten Dritter JZ 1951, 321 |
| Biedenkopf | Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964 |
| Bötticher | Regelungsstreitigkeiten, Festschrift für Lent, S. 89 |
| | Waffengleichheit und Gleichbehandlung der Arbeitnehmer im kollektiven Arbeitsrecht, 1956 |
| | Zur Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen, BB 1954, 621 |
| Boldt | Zur Zulässigkeit von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Unternehmen, RdA 1971, 257 |
| Bovensiepen | Die Zulässigkeit von Abwehrstreiks, AuR 1957, 193 |
| Brandner | Streik und gewerkschaftliche Autonomie, BB 1957, 1281 |
| Brox | Zur Wirkung der rechtmäßigen Aussperrung auf den Arbeitsvertrag |
| | Festschrift für Nipperdey, Bd. 2, S. 55 |
| Buchner | Möglichkeit und Grenzen betriebsnaher Tarifpolitik DB 1970, 2025 und 2074 |
| Bückling | Zur Frage der Rechtmäßigkeit des politischen Streiks, 1956 |

| | |
|---|---|
| Bührig | Probleme des Koalitions- und Arbeitskampfrechts WWI-Mitteilungen 1954, 187 |
| | Rechtswidrigkeit, Verbandswidrigkeit und Streikrecht AuR 1958, 373 |
| | Sozialadaequanz und Rechtmäßigkeit im Arbeitskampfrecht BetrVerf 1958, 84 |
| Bulla | Das Prinzip der Sozialadaequanz im Arbeitsrecht RdA 1962, 6 |
| | Der Begriff der "Kampfmaßnahme" im Arbeitskampfrecht DB 1959, 542 und 571 |
| | Rechtswidriger Streik, AR-Blattei, Arbeitskampf II E |
| | Sympathie-Maßnahmen im Arbeitskampfrecht Molitor-Festschrift, 1962, S. 293 |
| Bydlinski | Die Stellung der Rechtsordnung zu Arbeitskämpfen, in: Floretta-Strasser, Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben, Wien 1963, S. 83 |
| Capodistrias | Streik und Zurückbehaltung der Arbeitsleistung Festschrift für Nipperdey, Bd. 2, S. 105 |
| Cohn | Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Mitglieder im Verbandsrecht, AcP 132, 129 |
| Däubler | Der Streik im öffentlichen Dienst, Tübingen 1970 |
| | Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 72, 642 |
| Daum | Soziale Grundrechte, RdA 1968, 80 |
| Deeken | Individualnormen im Tarifvertrag, DB 1967, 464 |
| Diekhoff | Die Rückwirkung von Tarifverträgen, DB 1958, 1245 |
| Dietz | Grundprobleme des Streikrechts, JuS 1968, 1 |
| | Grundsätzliches zum Streikrecht, SAE 1954, 89 |
| | Streik zur Durchsetzung von arbeitsvertraglichen Ansprüchen, Festschrift für Herschel, 1955, S. 47 |

| | |
|---|---|
| | Tarifrechtliche Fragen aus Anlaß des Beitritts eines Arbeitgebers zu einem Arbeitgeberverband Festschrift für Nipperdey, Bd. 2, S. 141 |
| | Welche Ziele muß ein Arbeitskampf verfolgen, um gerechtfertigt zu sein, ZAS 1970, 41 |
| Döhner | Der Sympathiearbeitskampf, Münchener Dissertation 1966 |
| Doerk | Der Streik als unerlaubte Handlung i.S.d. § 826 BGB Düsseldorf, 1964 |
| Fabricius | Zur Dogmatik des "sonstigen Rechtes" gemäß § 823 I BGB unter Berücksichtigung des sog. "Rechts am Arbeitsplatz" AcP 160, 273 |
| Farthmann | Anfechtung des Arbeitsvertrages, JuS 1964, 141 |
| Fechner | Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 1955, 151 |
| Forsthoff-Hueck | Die politischen Streikaktionen des DGB anläßlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung Zwei Rechtsgutachten, 1952 |
| Frey | Die Aussperrung und Wiederbeschäftigung, AuR 1955, 231 |
| | Zwei Probleme der Änderungskündigung, AuR 1958, 98 |
| Galperin | Organisationszwang und Koalitionsfreiheit Bogs-Festschrift 1959, S. 87 |
| | Sozialadaequanz und Arbeitskampfordnung Festschrift für Nipperdey, Bd. 2, S. 210 |
| | Wegfall der Geschäftsgrundlage im Arbeitsrecht, BetrVerf 58, 43 |
| Gaul | Tarifliche Friedenspflicht und Firmentarifvertrag RdA 1966, 172 |
| v. Gelder | Die Wertungen rechtmäßiger Arbeitskampfmaßnahmen AuR 1969, 207 |
| Gift | Probleme der Friedenspflicht, DB 1959, 651 |

| | |
|---|---|
| Gitter | Die Rechtmäßigkeit eines ohne Urabstimmung durchgeführten Streiks, JZ 1965, 197 |
| Gramm | Tarifkonkurrenz, AR-Blattei D, Tarifvertrag XII |
| Grote | Der Streik, Strategie und Taktik, Köln 1952 |
| Grunsky | Streik und Zurückbehaltungsrecht, JuS 1967, 60 |
| Gumpert | Rechtsfragen des Firmentarifvertrages, BB 1958, 1316 |
| Gutekunst | Zur Teilkündigung, RdA 1959, 369 |
| Hanau | Lohn- und Tarifpolitik, Der Arbeitgeber 1970, 404 |
| Haupt | Begriff, Erscheinungsformen, Rechtsnatur und Grenzen der Zulässigkeit des Sympathiestreiks, Kölner Dissertation, 1966 |
| Heckelmann | Die Grenzen gewerkschaftlicher Einwirkungspflicht beim wilden Streik, DB 1970, 158 |
| Heiseke | Negative Koalitionsfreiheit und tarifliche Schutzklauseln RdA 1960, 299 |
| Hensche | Zur Zulässigkeit von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Unternehmern, RdA 1971, 9 |
| Herschel | Die Betriebszugehörigkeit als geschütztes Rechtsgut RdA 1960, 121 |
| | Zur Frage der Teilkündigung, BB 1958, 160 |
| Heß | Zulässigkeit, Inhalt und Erstreikbarkeit betriebsnahmer TV, Frankfurt 1973 |
| Hessel | Die rechtliche Zulässigkeit von Tarifausschlußklauseln DB 1960, 208 |
| | Die Zulässigkeit von Abwehrstreiks, AuR 1958, 47 |
| | Kollektive oder kollektivrechtliche Kampfziele DB 1965, 971 |
| | Zum Urteil des BAG im schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik, BB 1959, 416, 1311 |
| | Probleme des Streikrechts, BB 1951, 85 |
| | Zwei Grundsatzfragen aus dem Tarif- und Arbeitskampfrecht BB 1955, 1028 |

| | |
|---|---|
| Hertel | Der Arbeitskampf im Spiegel der Rechtsordnung, 1962 |
| Heußner | Die Sicherung der Koalition durch sog. Solidaritätsbeiträge der Nichtorganisierten, RdA 1960, 295 |
| Hoeniger | Die sog. Abwehraussperrung, BB 1955, 704 |
| | Einige Gedanken zum Recht des Arbeitskampfes RdA 1953, 204 |
| Hoffmann | Tarifpolitik und Friedenspflicht, GewMH 1970, 714 |
| | Tarifwirkung für später eingetretene Verbandsmitglieder AuR 1964, 169 |
| Hohenester | Grenzen der Streikfreiheit, Dissertation München 1956 |
| A. Hueck | Die Bedeutung des Notstandsrechts für das Arbeitskampfrecht, RdA 1968, 430 |
| | Die Grenzen des rechtmäßigen Streiks Festschrift für Herschel, S. 27 |
| | Probleme des Streikrechts, RdA 1956, 201 |
| G. Hueck | Die Teilkündigung im Arbeitsrecht, RdA 1968, 201 |
| Jacobi | Betrieb und Unternehmen als Rechtsbegriffe Festschrift für Ehrenberg, 1926 |
| Joachim | Kann die Änderung des Arbeitsvertrages auch durch eine Teilkündigung erfolgen, RdA 1957, 326 |
| | Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens "Arbeitskampf"?, AuR 1973, 289 |
| Kaiser | Der politische Streik, 2. Auflage, Berlin 1959 |
| | Die Repräsentation organisierter Interessen, 1956 |
| Knevels | Ist die tarifliche Öffnungsklausel zulässig Der Arbeitgeber 1961, 278 |
| | Wilder Streik, Der Arbeitgeber 1970, 729 |
| Knolle | Indexlöhne, ArbR - Blattei (D) Lohn IX Indexlöhne |
| Konzen | Übernahme und Unterstützung wilder Streiks durch Gewerkschaften, ZfA 1970, 159 |

| | |
|---|---|
| Kraft | Das sogenannte einheitliche Geschehen des Streiks und seine Rechtswidrigkeit, RdA 1968, 434 |
| Lauschke | Betriebsnahe Tarifpolitik, AuR 1965, 107 |
| Lehmann | Anm. zu LAG Bremen SAE 1952, 85 betr.: Tragweite des Streikrechts |
| Löwisch | Problem der Zulässigkeit von Sympathiestreik und Sympathieaussperrung, RdA 1962, 315<br>Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 1971, 319 |
| Löwisch-Hartje | Der wilde Streik nach dem Recht der BRD, RdA 1970, 321 |
| Lotmar | Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches, Leipzig 1902-08 |
| Martens | Öffentlichrechtlich als Rechtsbegriff<br>Bad Homburg 1969 |
| Mayer-Maly | Buchbesprechung zu "Arbeitskampfrecht" von Brox-Rüthers, RdA 1965, 432 |
| | Zum Verständnis der Kampfparität, RdA 1968, 432 |
| | Zur Problematik betriebsnaher Tarifpolitik<br>DB 1965, 32 |
| Meißlinger | Aufgaben und Ziele der sozialen Selbstverwaltung<br>AuR 1955, 200 |
| Mendigo | Tarifwidriger Streik und Sozialadaequanz<br>AuR 1955, 317 |
| Müller | Grundfragen des Streikrechts, RdA 1951, 247 |
| | Probleme der Friedenspflicht, DB 1959, 515 |
| | Vorzeitige Kündigungsmöglichkeit der Tarifvereinbarungen, BetrVerf 1958, 108 |
| | Der Arbeitskampf als Rechtsinstitution - Gedanken zum Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland, AuR 1972, 1 |
| | Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. April 1971, RdA 1971, 321 |

| | |
|---|---|
| v. Münch | Der Streik in kommunalen Versorgungsunternehmen in öffentlichrechtlicher Sicht, DÖV 1960, 294 |
| Neumann-Duesberg | Streikbegriff, Streikarten und Zulässigkeitskriterien des wilden Streiks, BB 1963, 1442 |
| Nies | Indexklauseln in Tarifverträgen, RdA 1970, 169 |
| Niese | Streik und Strafrecht, Tübingen 1954 |
| Nikisch | Aussperrung und Wiedereinstellung, RdA 1956, 325 |
| | Die sog. Änderungskündigung Festschrift für Sitzler, S. 265 |
| | Streik und Arbeitnehmer, DB 1952, 721 |
| Nipperdey | Der Streik als unerlaubte Handlung - Grundsätzliches zu seiner Rechtswidrigkeit, Festschrift für Sitzler, S. 79 |
| | Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27.-29.5.1952 entstanden sind. Rechtsgutachten, Köln 1953 |
| | Tatbestandsaufbau und Systematik der deliktischen Grundtatbestände, NJW 1967, 1985 |
| Oertmann | Zur Lehre vom Sympathiestreik, ZBfHR 1928, 48 |
| Osswald | Der Streik und die ihm durch das Strafrecht gezogenen Grenzen, Köln 1954 |
| Palme | Ist Teilkündigung zulässig, BlSozVerSArbR 1958, 378 |
| Prölls | Sympathiestreik und Friedenspflicht Arbeitsrecht 1932, Spalte 77 |
| Radke | Rechtsbeziehungen zwischen einer Tarifvertragspartei und den Mitgliedern der gegnerischen Tarifvertragspartei, AuR 1956, 273 |
| | Tarifbindung und Geltungsbereich des Tarifvertrages BB 1964, 1490 |

| | |
|---|---|
| | Über den Versuch, das Streikrecht zu dogmatisieren Die Arbeitskammer 1960, 127 |
| | Was ist betriebsnahe Tarifpolitik, DB 1965, 1176 |
| Ramm | Der Arbeitskampf - nur äußerstes Mittel, BB 1961, 1168 |
| | Der Koalitionsbegriff, RdA 1968, 412 |
| | Der nichtgewerkschaftliche Streik, AuR 1971, 65 und 97 |
| | Der Streik als unerlaubte Handlung, AuR 1964, 321 |
| | Der wilde Streik, AuR 1964, 353 |
| | Die Anerkennung des Streikrechts, AuR 1967, 97 |
| | Die Freiheit der Willensbildung, Stuttgart 1960 |
| | Die Parteien des Tarifvertrages, Stuttgart 1961 |
| | Die Rechtssprechung des BAG, JZ 1964, 546 |
| | Kampfmaßnahme und Friedenspflicht im deutschen Recht Stuttgart 1962 |
| | Sozialadaequanztheorie und freiheitlicher sozialer Rechtsstaat, AuR 1966, 161 |
| Rasch | Grenzen des Streikrechts, BB 1974, 1217 |
| Rehbinder | Die Rechtsnatur des Tarifvertrages, JR 1968, 167 |
| Reuss | Aktuelle Arbeitskampffragen, DB 1965, 817 |
| | Der politische Arbeitskampf, AuR 1966, 264 |
| | Der sog. Käuferstreik, AcP 156, 90 |
| | Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe, Juristen-Jahrbuch 4. Bd., S. 163 |
| | Friedenspflicht und Arbeitskampfmaßnahmen, AuR 1960, 289 |
| | Koalitionsfreiheit, AuR 1961, 284 |
| | Kollektive oder kollektivrechtliche Arbeitskampfziele AuR 1965, 97 |
| | Das neue Arbeitskampfrecht, AuR 1971, 353 |
| Reuter | Beamte und Streik, DDB 1958, 99 |

Richardi — Der Firmentarifvertrag und die Besonderheiten des firmenbezogenen Verbandstarifvertrages, ArbR-Blattei (D) TV, XIII Firmentarifverträge

Aussperrung und Arbeitsverhältnis, RdA 1970, 68

Die Stellung des Arbeitskampfes in der gesamten Rechtsordnung, RdA 1966, 247

Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1967

Rechtsprobleme einer betriebsnahen Tarifpolitik, JuRA 1971, 141

Rüthers — Arbeitskampf und Notstandsverfassung, DB 1968, 1948

Die Spannung zwischen individualrechtlichen und kollektivrechtlichen Wertmaßstäben im Arbeitskampfrecht, AuR 1967, 127

Die Entwicklung des Arbeitskampfrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des BAG, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, 1972, 23

Rechtsprobleme des betriebsbezogenen Streiks JZ 1970, 625

Rechtsprobleme des tarifbezogenen wilden Streiks DB 1970, 2120

Streik und Verfassung, Köln 1960

Wilder Streik, Der Arbeitgeber 1971, 886

Zur Rechtmäßigkeit von Sympathiearbeitskampfmaßnahmen BB 1964, 312

Säcker — Arbeitskampf und Arbeitsplatzrisiko, DB 1969, 1940

Gewerkschaften und wilder Streik, BB 1971, 962

Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969

In den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampf - Entscheidungen des BAG vom 21.4. und 26.10.1971, GewMH 1972, 287

| | |
|---|---|
| Salm | Betriebsnahe Tarifverträge, Der Gewerkschafter 1958, 1 und 1961, 1 |
| Carlo Schmid | Das Streikrecht in der Demokratie, 1955 |
| R. Schmid | Zum politischen Streik, GewMH 1954, 1 |
| Schnorr | Der Streik als unerlaubte Handlung i.S.d. § 826 BGB RdA 1955, 223 |
| | Inhalt und Grenzen der Tarifautonomie, JR 1966, 327 |
| Schnorr v. Carolsfeld | Die Berechtigung gewerkschaftlicher Demonstrationen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Wirtschaft. Rechtsgutachten 1953 |
| Schröder | Streik und Strafrecht, BB 1953, 1015 |
| Seeler | Politischer Streik und Widerstandsrecht, DB 1959, 24 |
| Siebert | Anm. zu LAG Hamm SAE 1956, 18 betr.: Streik um übertarifliche Löhne |
| Siebrecht | Das Recht im Arbeitskampf, 2. Auflage, Köln 1956 |
| Söllner | Zu Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, AuR 1966, 257 |
| | Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers, ZfA 1973, 1 |
| Stadler | Der Sympathiearbeitskampf, BB 1967, 719 |
| Stein | Die Beurteilung von Arbeitskämpfen in lebenswichtigen Betrieben, Dissertation Münster 1967 |
| Steinert | Notstands- und Streikarbeit bei Arbeitskämpfen Dissertation Köln 1968 |
| Strasser | Die Rechtsgrundlage der tariflichen Friedenspflicht RdA 1965, 401 |
| Stahlhacke | Die Beeinflußung der Effektivlöhne durch Tarifverträge RdA 1962, 228<br>Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel im TV, DB 1969, 791<br>Kollektive Einwirkung auf erworbene Rechte, RdA 1959, 268 |

| | |
|---|---|
| Thiele | Bemerkungen zur Kündigung von Gesamtvereinbarungen, RdA 1968, 424 |
| Tormandl | Probleme der kollektivvertraglichen Ist-Lohnregelung ZAS 1969, 41 |
| W. Weber | Unzulässige Einschränkung der Tariffreiheit, BB 1964, 764 |
| Weller | Massenänderungskündigung und Kampfparität, AuR 1967, 76 |
| Weitnauer | Rechtmäßigkeit und rechtliche Folgen des wilden Streiks DB 1970, 1639 |
| Wiedemann | Die deutsche Gewerkschaft- Mitgliederverband oder Berufsorgan, RdA 1969, 321 |
| | Subjektives Recht und sozialer Besitzstand nach dem Kündigungsschutzgesetz, RdA 1961, 1 |
| Wiethölter | Zur politischen Funktion des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, Kritische Justiz 1970, 121 |
| Wlotzke | Das Günstigkeitsprinzip, Heidelberg 1957 |
| Zeuner | Arbeitskampf und einstweilige Verfügung, RdA 1971, 1 |
| Zöllner | Der Abbau einheitsverträglicher Arbeitsbedingungen im nicht tariflich gesicherten Bereich, RdA 1969, 250 |
| Zunft | Die Anfechtbarkeit des Tarifvertrages, NZfA 1931, Sp. 297 |
| | Grenzen der Rückwirkung im Zivil- und Zivilprozeßrecht AcP 152, 289 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|---|---|
| a.A. | anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| AcP | Archiv für die civilistische Praxis |
| Anm. | Anmerkung |
| AP | Arbeitsrechtliche Praxis (Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichtes) |
| AR-Blattei | Arbeitsrecht-Blattei |
| ARS | Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Arbeitsrechtliche Sammlung) |
| Art. | Artikel |
| AuR | Arbeit und Recht |
| BABl. | Bundesarbeitsblatt |
| BAGE | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes |
| BB | Betriebsberater |
| Bd. | Band |
| BdA | Bundesvereinigung deutscher Arbeitgeberverbände |
| BenshS | Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte (Bensheimer Sammlung) |
| BetrVerf | Die Betriebsverfassung |
| BetrVG | Betriebsverfassungsgesetz |
| BGBl. | Bundesgesetzblatt |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BlSozArbR | Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| DB | Der Betrieb |
| DDB | Der Deutsche Beamte (Zeitschrift des Deutschen Gewerkschaftsbundes) |

| | |
|---|---|
| DGB | Deutscher Gewerkschaftsbund |
| DÖV | Die öffentliche Verwaltung |
| Fn. | Fußnote |
| GG | Grundgesetz |
| GewMH | Gewerkschaftliche Monatshefte |
| GS | Großer Senat |
| h.M. | herrschende Meinung |
| IG | Industrie-Gewerkschaft |
| JR | Juristische Rundschau |
| JurA | Juristische Analysen |
| JuS | Juristische Schulung |
| JW | Juristische Wochenschrift |
| JZ | Juristen-Zeitung |
| KüSchG | Kündigungsschutzgesetz |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| NZfA | Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht |
| PersVG | Personalvertretungsgesetz |
| RAG | Reichsarbeitsgericht |
| RdA | Recht der Arbeit |
| RGRK | Reichsgerichtsrätekommentar |
| SAE | Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen |
| Sp. | Spalte |
| TV | Tarifvertrag |
| TVG | Tarifvertragsgesetz |
| u.a. | unter anderem |
| WRV | Weimarer Reichsverfassung |

| | |
|---|---|
| WVR | Wirtschaftsverwaltungsrecht |
| ZAS | Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht |
| ZBfHR | Zentralblatt für Handelsrecht und "Das Recht" |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht. |
| Zif. | Ziffer |

## A. Einleitung

Das Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland ist gesetzlich nicht geregelt. Der parlamentarische Gesetzgeber hat es bislang - aus welchen Gründen auch immer - unterlassen, verbindliche staatliche Kampfregeln der am Arbeitsleben beteiligten Parteien festzulegen. Unser Arbeitskampfrecht beruht daher allein auf der Praxis, der Entwicklung von Literatur und Rechtsprechung, aus der die Beschlüsse des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 und 21.4.1971 [1] als zentrale, richtungweisende Entscheidungen herausragen.
Die hier gestellte Frage nach der Möglichkeit einer Lockerung der vom BAG gezogenen rechtlichen Grenzen des Streikrechts resultiert aus in den letzten Jahren bei der Auseinandersetzung um die Regelung der Arbeitsbedingungen gemachten Beobachtungen, z.B. in Bezug auf die im September 1969 und 1973 vielerorts ausgebrochenen, nicht von der Gewerkschaft unterstützten Streiks: Es erheben sich insoweit Zweifel, ob diese Grenzen nicht zu eng und starr sind und den Wandlungen des Arbeits- und Wirtschaftslebens genügend Rechnung tragen. So wurden trotz der vom BAG [2] erklärten Unzulässigkeit sogenannter wilder Streiks keinerlei Sanktionen - etwa in Form von Entlassungen oder Ersatzforderungen - gegen die spontan Streikenden eingeleitet, im Gegenteil, die ohne Billigung der Gewerkschaft Streikenden konnten weitestgehend ihre Streikziele durchsetzen. Daß diese Streikforderungen durchaus gerechtfertigt waren, ist angesichts der damaligen großen Diskrepanz zwischen den stark angestiegenen Unternehmergewinnen und den stagnierenden Löhnen von niemandem bestritten worden. Dennoch mußten die Gewerkschaften, gebunden an die

---

1 BAG, AP Nr. 1 und 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

2 BAG, AP Nr. 32, 37, 39, 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

langfristigen, zum Teil noch zur Zeit der Rezession geschlossenen Tarifverträge, tatenlos dem in Folge der Hochkonjunktur ständigen Anwachsen der Unternehmergewinne zusehen, ohne ein gleichzeitiges Anheben der Löhne beanspruchen zu können. In dieser Situation zeigte sich deutlich, daß Tarifverträge zwar grundsätzlich ein zur Sicherung des Arbeitsfriedens taugliches und wohl auch erforderliches Mittel sind, sie aber bei zu starrer Handhabung ins Gegenteil umschlagen können.

Es fragt sich daher, ob ohne Aufstellung neuer Arbeitskampfrichtlinien auf der Grundlage des geltenden Arbeitskampfrechts unter Berücksichtigung der insbesondere in jüngster Zeit gesammelten Erfahrungen der Tarifvertrag nicht entsprechend seiner Friedens- und Ordnungsfunktion zu einem Instrument gestaltet werden kann, das tatsächlich imstande ist, dem Arbeitgeber eine gewisse Grundlage für seine Kalkulation und Preisgestaltung zu geben und den Arbeitnehmern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern. Ansatzpunkte dafür können eine inhaltliche und zeitliche Einschränkung des bislang von der Praxis [1] abgesteckten Geltungsbereiches der tariflichen Friedenspflicht und eine betriebsnähere Tarifpolitik sein.

Parallel zu der bisher wenig flexiblen Regelung in den Tarifverträgen stellt die h.M. [2] eine Reihe von Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen auf, die ein Streik erfüllen muß, um nicht eine unerlaubte Handlung im Sinne der § 823 f. BGB darzustellen. Anhand einer Prüfung der Berechtigung dieser Rechtmäßigkeitserfordernisse, vor allem im Hinblick auf das überwiegend aufgestellte Erfordernis der Tariffähigkeit der Kampfparteien und die daraus folgende Unzulässigkeit des

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 305 f., A. 9 m.w.N.

2 Hueck-Nipperdey, S. 1003 f. m.w.N.

wilden Streiks, soll der deliktische Arbeitskampf auf eine zu weitgehende Einschränkung der Streikfreiheit untersucht werden.

## I. Begriff des Streiks

Die Prüfung der Zulässigkeitsgrenzen eines Streiks ist nur möglich, wenn überhaupt der Begriff des Streiks als Arbeitshypothese geklärt ist. Dabei darf man nicht der Gefahr unterliegen, mit der Definition des Arbeitskampfes die Rechtmäßigkeitsprüfung vorwegzunehmen, indem man bei der Begriffsbestimmung schon detaillierte Voraussetzungen anführt, denn auch der rechtswidrige Streik ist ein Arbeitskampf. [1] Es empfiehlt sich daher, von einem möglichst weit gefaßten Streikbegriff auszugehen, zumal das auch dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht.

Unstreitig setzt der Streik als Kollektivakt die Arbeitsniederlegung einer gewissen Anzahl von Arbeitnehmern voraus. Wie groß diese Zahl sein muß, läßt sich nicht einheitlich beantworten: Entscheidend ist, daß ein gewisser wirtschaftlicher Druck auf den Arbeitgeber ausgeübt werden kann, so daß auch die Arbeitsverweigerung ganz weniger Beschäftigter ausreicht, wenn diese sich in betrieblichen Schlüsselpositionen befinden. [2] Voraussetzung ist auch auf jeden Fall, daß die Arbeitseinstellungen bewußt gemeinsam und planmäßig erfolgen. [3]

Teilweise wird auch das Erstreben eines bestimmten Kampfzieles verlangt. So will der BGH [4] nur dann eine Arbeitsniederlegung als Streik anerkennen, wenn deren Kampfziel eine Änderung der Arbeitsbedingungen ist. Nipperdey [5] sieht als

---

1 Hanau-Adomeit, S. 72; Brox-Rüthers, S. 25; Hueck, Herschel-Festschrift, S. 31; Zöllner, RdA 69, 251

2 Brox-Rüthers, S. 24; Söllner, S. 68

3 BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 Arbeitskampf

4 BGHZ 14, 347: auf § 2 I Zif. 1 ArbGG bezogen

5 Hueck-Nipperdey, S. 892 und Grundriß, S. 275 ff.

Arbeitskampf nur an, was auf die kollektivvertragliche Beilegung einer Gesamtstreitigkeit hinzielt. Daß ein Arbeitskampf nicht ohne jedes Ziel geführt wird, dürfte einleuchtend sein. Ganz überwiegend [1] wird aber zu Recht vom Erfordernis eines bestimmten Kampfzieles abgesehen, da dies eine unzweckmäßige Vorwegnahme der Rechtmäßigkeitsprüfung ist. Der Zweck der Begriffsbestimmung ist es doch, vor der rechtlichen Beurteilung zunächst die soziale Erscheinungsform des Arbeitskampfes zu erfassen. Ausreichend für das Vorliegen eines Streiks ist daher das Erstreben irgendeines Zieles.
Die früher von Nipperdey [2] noch geforderte Voraussetzung, die Arbeitseinstellung müsse in der Absicht geschehen, das Arbeitsverhältnis nach Erreichung des Kampfzieles oder Beendigung des Arbeitskampfes wieder fortzusetzen, dürfte kaum zu rechtfertigen sein, da der Streikbegriff dadurch mit schwer feststellbaren subjektiven Elementen belastet wird, zumal der Wille der Arbeitnehmer sehr unterschiedlich sein und sich auch ändern kann. [3] Im übrigen kommt dieser Gedanke schon im Begriff der Arbeitseinstellung zum Ausdruck, als die Arbeitseinstellung ihrer Natur nach etwas Vorübergehendes ist und nicht den endgültigen Abbruch des Arbeitsverhältnisses bedeuten kann. [4]
Der Streik soll daher wie folgt definiert werden: „die bewußt gemeinsame und planmäßige Arbeitseinstellung durch eine Anzahl von Arbeitnehmern zur Erreichung eines Zieles."

## II. Rechtmäßigkeitsprüfung hinsichtlich der verschiedenen Erscheinungsformen

Streiks sind in den verschiedensten Erscheinungsformen denkbar. Sie lassen sich sowohl ihrem Zweck und Ziel nach trennen

---

1 Nikisch, S. 78; Brox-Rüthers, S. 23, 29; Rüthers, JZ, 70, 625; Weitnauer, DB 70, 1639
2 Hueck-Nipperdey, 6. Auflage, S. 610
3 Brox-Rüthers, S. 30
4 Weitnauer, DB 70, 1639

als auch nach der Art und Weise unterscheiden, auf die sie durchgeführt werden. [1]

1. Streikarten

So kann man nach dem Kampfbeginn bzw. der Intention unterscheiden zwischen Angriffs- und Abwehrstreik, je nach dem ob eine Aussperrung der Kampfmaßnahme vorangegangen ist. Hinsichtlich der Taktik läßt sich eine Trennung vollziehen zwischen einem Teil- und Vollstreik, wobei in einem bestimmten Kampfgebiet entweder ein Teil oder alle Arbeitnehmer die Arbeit niederlegen oder gar einem Generalstreik, bei dem ohne Rücksicht auf den Wirtschaftszweig sämtliche Arbeitnehmer die Arbeit einstellen.
Eine Differenzierung läßt sich auch unter dem Gesichtspunkt der Intensität und Druckstärke vornehmen: so bezweckt ein Kampfstreik eine Willensbeugung des Kampfgegners, während der Demonstrationsstreik nur eine Willenskundgabe darstellt, ohne ein bestimmtes Verhalten erzwingen zu wollen. Adressat eines Streiks kann einmal der soziale Gegenspieler sein, dann handelt es sich um einen rein arbeitsrechtlichen Arbeitskampf, oder aber es kann der Versuch gemacht werden, einen Hoheitsträger zu einem bestimmten hoheitlichen Handeln zu veranlassen, was einen politischen Streik darstellt.
Der Arbeitskampf kann mit oder ohne den Willen der Gewerkschaft durchgeführt werden; im letzteren Fall handelt es sich um einen sog. wilden Streik.
Schließlich läßt sich eine Unterscheidung noch nach dem Kriterium der Selbständigkeit treffen: der Streik kann einmal allein eigenen Zwecken der Kämpfenden dienen, er kann aber auch zur Unterstützung eines anderen, des Hauptkampfes, geführt werden (Sympathiestreik).

2. Einheitstheorie

Sämtliche aufgeführten Streikarten können - in zivilrechtlicher Hinsicht [2] - unter zwei Gesichtspunkten als rechts-

---

1 vgl. Brox-Rüthers, S. 30

2 Andere Gesichtspunkte, wie (betriebs)verfassungswidrige, amtswidrige und strafbare Kampfmaßnahmen sollen hier ausgeklammert werden.

widrig erscheinen: einmal als Verletzung [1] des Tarifvertrages oder als unerlaubte Handlung. Dabei ergibt sich zwangsläufig die Frage, ob es nicht unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines Arbeitskampfes einen einheitlichen Begriff der Rechtmäßigkeit des Streiks gibt oder ob sich die Rechtmäßigkeit nach den jeweiligen Teilbereichen (hier Vertrag und Delikt) richtet.

Anlaß zu Mißverständnissen hatte der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 [2] gegeben. Einige namhafte Autoren haben dieser Entscheidung den Schluß entnommen, daß die Rechtswidrigkeit des Streiks nunmehr nur einheitlich behandelt werden dürfe.[3] Zwar ist zuzugeben, daß der nicht ganz klare Wortlaut der Entscheidung in dieser Richtung Zweifel aufkommen lassen könnte. Der Senat hatte aber unmittelbar nur die Frage zu entscheiden, ob die Teilnahme an einem (sonst rechtmäßigen) Streik einen Bruch des Arbeitsvertrages bedeutet. Diese Frage hat er verneint; nur insoweit spricht er von einer Rechtmäßigkeit der Gesamtaktion, als also die Rechtmäßigkeit des Streiks kollektiv und individuell einheitlich zu beurteilen ist (Einheitstheorie) [4]. Keinesfalls kann der Entscheidung entnommen werden, daß hinfort nicht mehr zwischen der allgemeinen Rechtswidrigkeit eines Streiks und der Verletzung besonderer Tarifvertragspflichten unterschieden werden dürfe. [5] Das würde auch zu unübersehbaren Schadensersatzpflichten führen und dem allgemeinen im Privatrecht geltenden Grundsatz der Trennung zwischen Vertrag und Delikt widersprechen.

---

1 Daß ein (ansonsten rechtmäßiger) Streik keinen Bruch des Arbeitsvertrages enthält, dürfte heute wohl unbestritten sein.

2 BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 Arbeitskampf

3 Hueck, RdA 56, 201, 202

4 Hueck-Nipperdey, S. 930 f.; Brox-Rüthers, S. 219; Siebrecht, S. 71; Dietz, Herschel-Festschrift S. 47

5 Siehe ausführlich Hueck, RdA 56, 201 ff.

Daß ein Streik rechtswidrig ist, besagt also nur, daß er in einer gewissen Teilordnung eine Rechtsverletzung darzustellen braucht. Ein Streik, der in einer Beziehung rechtswidrig ist, muß deshalb nicht schlechthin und gegenüber jedermann rechtswidrig sein. [1]

B. Der tarifwidrige Streik

Wenn von einem tarifwidrigen Streik gesprochen wird, so ist damit nur der Arbeitskampf gemeint, der gegen den zwischen den Kampfparteien bestehenden TV verstößt, also eine Vertragsverletzung enthält. Es gibt auch tarifgesetzwidrige Streiks, die gegen eine Norm des TVG verstoßen: sie begründen allenfalls eine Haftung aus unerlaubter Handlung.

I. Die Parteien des TV

Jeder TV hat einen normativen und schuldrechtlichen Teil (§§ 1, 2 TVG). Während die normativen Bestimmungen zwingend und unmittelbar auf die Arbeitsverhältnisse der Tarifgebundenen einwirken, indem sie deren Inhalt und Beendigung bestimmen, insbesondere die Löhne festlegen (§§ 1, 4 TVG) [2], regelt der schuldrechtliche Teil die Rechte und Pflichten der Parteien. Beide Teile bilden trotz der verschiedenen Rechtsnatur ein einheitliches Ganzes, denn der eine Teil kann nicht ohne den anderen bestehen. [3]
Im Zusammenhang mit dem Arbeitskampfrecht kann nur der schuldrechtliche Teil des TV interessieren, denn er schränkt die Möglichkeit bzw. Zulässigkeit von Arbeitskämpfen stark ein. Daher stellt sich primär die Frage, wer denn überhaupt aus dem TV verpflichtet und berechtigt wird, wem also eine Beschränkung der Streikmöglichkeit auferlegt wird.

---

1 Nikisch, S. 132, 133; Brox-Rüthers, S. 51; Niese, S. 51

2 Zur Rechtssatzqualität des TV siehe Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 1 A. 181 ff.; Söllner, S. 108 ff.

3 Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 1 A. 151

Früher war diese Frage stark umstritten. So sah man z.T. ausschließlich die Mitglieder der den TV abschließenden Vereinigungen [1] z.T. neben den Mitgliedern auch die Vereinigungen selbst [2] als Vertragsparteien an. Ramm [3] differenziert zwischen der Arbeitnehmerseite, wo allein die Gewerkschaft verpflichtet wird und der Arbeitgeberseite, bei der sowohl der Verband als auch die einzelnen Arbeitgeber Vertragsparteien werden.
Alle diese Theorien werden heute fast allgemein - zu Recht - abgelehnt: denn die Tarifparteien schließen den TV im eigenen Namen ab und können daher nur allein verpflichtet werden. [4] Eine Ausdehnung der Vertragspflichten auf die Verbandsmitglieder ist nur möglich, wenn die Verbände bei Vertragsabschluß als Verpflichtungsermächtigte gehandelt haben [5] oder im TV ein zulässiger Vertrag zu Lasten Dritter gesehen werden kann. [6] Beides muß aber abgelehnt werden. Denn ein Vertrag zu Lasten Dritter ist unserem Zivilrecht fremd und die Zulässigkeit einer Verpflichtungsermächtigung wird ganz überwiegend verneint [7], da eine Ermächtigung gegenstandsbezogen ist und gegen das Offenkundigkeitsprinzip des § 164 II BGB verstößt. Dagegen kann in einem TV ein Vertrag zu gunsten Dritter gesehen werden, so daß insoweit auch die Verbandsmitglieder aus dem Vertrag berechtigt werden. [8]

---

1 Vertretertheorie: Lotmar, Arbeitsvertrag, S. 796 ff. Radke, AUR 56, 273

2 Kombinationstheorie: v. Schall, Privatrecht der Arbeitstarifverträge S. 116

3 Ramm, Die Parteien des TV, S. 69 ff.; JZ 62,78 u. 64, 548

4 RGZ 111, 107; BAG AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht; Hueck-Nipperdey S. 310 Bulla AR-Blattei D; Arbeitskampf II E; Schaub, S. 755

5 So Bettermann, JZ 51, 321 (324); Nikisch § 75 II 5

6 So Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf (1964), S. 127

7 BGH LM Nr. 9 zu § 185 BGB; Staudinger-Coing, 63 c vor § 164; Flume § 57, 1

8 Hueck-Nipperdey, S. 311; BAG, AP Nr. 2 u. 4 zu § 1 TVG Friedenspflicht; Brox-Rüthers, S. 74; a.A. Radke, Arbeitskammer 60,127

## II. Friedensfunktion des TV

Eine sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens kann ein TV nur schaffen (Ordnungsfunktion), wenn er den Frieden unter den sozialen Gegenspielern sichert. Dieser Friedensfunktion kann er wiederum nur gerecht werden, wenn während der Dauer des TV sein Inhalt nicht von einer der beiden Vertragspartner bekämpft werden kann. Der TV enthält daher eine tarifliche Friedenspflicht, deren Inhalt aus einem solchen Kampfverbot besteht.

Es liegt nun nahe, wenn man den Bereich des tarifwidrigen Streiks einzuengen versucht, den Ansatzpunkt beim Bestand der Friedenspflicht zu suchen und zu erörtern, inwieweit eine Einschränkung der Friedenspflicht als solcher durch die Tarifvertragsparteien möglich und zulässig ist. So wäre es denkbar, daß die Parteien bei Abschluß des TV nur Teile dieses Vertragswerkes unter die Friedenspflicht stellen, während der übrige Vertragsinhalt jederzeit Arbeitskämpfen ausgesetzt sein kann, ohne daß diese als tarifwidrig angesehen werden könnten.

Die entscheidene Frage in diesem Zusammenhang ist die, ob der Bestand der Friedenspflicht überhaupt der Disposition der Vertragsparteien unterliegt, also die Frage nach dem Charakter der Friedenspflicht. Früher war das Wesen der Friedenspflicht umstritten. Während einige Autoren [1] die Friedenspflicht als zum Wesen des TV gehörend bezeichneten, sahen andere sie als stillschweigend von den Parteien vereinbart an. [2] Nach der letzteren Ansicht wurzelt die Friedenspflicht nicht unmittelbar in der staatlichen Rechtsordnung - weder in der bürgerlichrechtlichen noch in der kollektivarbeitsrechtlichen -, vielmehr ist sie als stillschweigend geschlossen zu unterstellen. Die Parteien könnten demnach durch einen unzweideutigen Consensus Contrarius die Friedenspflicht einschränken oder ganz ausschließen.

---

1 Jacobi, S. 204; Kaskel, S. 318

2 Hueck, Tarifvertrag S. 143, 155; Strasser, RdA 65, 401

Daß die Friedenspflicht notwendiger schuldrechtlicher Inhalt eines jeden TV ist, dürfte seit langem zwingend gewohnheitsrechtlich anerkannt sein. Das deutsche Tarifrecht hat eine reine Tarifnormenvereinbarung ohne irgendwelche Pflichten der Tarifvertragsparteien nie gekannt, und das geltende TVG hat die Begründung von Rechten und Pflichten sogar ausdrücklich in § 1 TVG aufgenommen. Die Friedenspflicht ist so eng mit dem Wesen des TV verbunden, daß ohne sie die mit dem Vertrag verfolgten sozial-, wirtschafts- und rechtspolitischen Ziele nicht erreicht werden können. Wenn der Staat Rechtssetzungsbefugnisse anerkennt, so muß die Gewähr dafür gegeben sein, daß diese Befugnisse sinnvoll angewendet werden. Die Tarifautonomie hat dort ihre Grenzen, wo die Tarifpartner das von ihnen geschaffene Vertragswerk durch eine Einschränkung oder einen Ausschluß der schuldrechtlichen Pflichten praktisch sinnlos machen könnten. Es muß daher mit der fast einhelligen Meinung [1] festgestellt werden, daß die Entwicklung, die Ordnungs- und Friedensfunktion des TV und die Aufgaben der Sozialpartner die tarifliche Friedenspflicht als zwingend geboten erscheinen lassen.
Die Friedenspflicht ist eine dem TV immanente Pflicht und unterliegt nicht der Disposition der Parteien.

## III. Umfang der Friedenspflicht

Aus dem Umstand, daß die Friedenspflicht dem TV immanent ist, folgt zwingend, daß sie nur relativ sein, d.h. daß sie sich nur auf den Vertragsinhalt beziehen kann. [2] Das bedeutet ein Verbot solcher Kampfmaßnahmen, die sich gegen den Bestand oder einzelne Bestimmungen des TV richten, also seine Änderung oder Beseitigung anstreben.
Nur durch eine ausdrückliche Vereinbarung kann die Friedenspflicht über ihren notwendigen Inhalt hinaus erweitert werden [3].

---

1 RAG, ARS 2, 194 f. ; Hueck-Nipperdey, S. 310, Fn. 14 a; Nikisch, S. 329; Brox-Rüthers, S. 73

2 RGZ 86, 154; 113, 199; Hueck-Nipperdey, S. 308, 313; Nikisch, S. 330

3 BAG, BB 59, 79; RAG, ARS 17, 199; Maus, A. 205 zu § 1 TVG

Davon wird häufig Gebrauch gemacht, indem die Friedenspflicht zeitlich dahingehend erweitert wird, daß Arbeitskämpfe erst nach fruchtlosem Einigungsversuch vor einer vereinbarten Schlichtungsstelle zulässig sein sollen. [1] Seltener kommt es vor, daß die Parteien sich verpflichten, während der Dauer des TV jegliche Kampfmaßnahmen zu unterlassen, also auch solche, die tariflich geregelte Fragen gar nicht berühren würden (absolute Friedenspflicht) [2].

1. Keine Erweiterung der relativen Friedenspflicht

Nun werden teilweise Versuche unternommen, ohne Vorliegen einer dahingehenden Vereinbarung der Tarifvertragsparteien die relative Friedenspflicht so zu erweitern, daß sie sich in bedenklicher Weise einer absoluten annähert.

a. Beginn der Kampfmaßnahme

So hat das BAG, nachdem der Große Senat zunächst in seinem Beschluß vom 28.1.55 [3] als rechtlich relevante Kampfmaßnahmen nur die Genehmigung des von den Gewerkschaftsmitgliedern gefaßten Streikbeschlusses und die Ausgabe des Kampfbefehls angesehen hatte, in einer späteren Entscheidung den Beginn der Kampfmaßnahme vorverlegt: danach ist jede Aktion eine die Friedenspflicht berührende Kampfmaßnahme, die den Verhandlungspartner bewußt und gewollt unter den unmittelbaren Druck eingeleiteter Arbeitskämpfe setzt und damit seine Entschließungsfreiheit beeinträchtigen soll, worunter bereits die Einleitung der Urabstimmung fällt. [4]

Das Besondere an der Entscheidung des BAG war, daß das Gericht eine Schlichtungsvereinbarung auszulegen hatte, der eine Erweiterung der tariflichen Friedenspflicht entnommen werden konnte. Das Ergebnis konnte daher keinen Aussagewert für die allgemeine tarifliche Friedenspflicht und eine darauf bezogene Kampfmaßnahme haben. Gleichwohl hat das BAG daraus einen

---

1 RAG, ARS 7, 535

2 BAG, BB 59, 79; RAG, ARS 17, 199; Maus, A. 205 zu § 1 TVG

3 BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

4 BAG, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht

allgemeinen Begriff der Kampfmaßnahme schlechthin, also auch bezogen auf die relative Friedenspflicht, ableiten wollen. [1] Verwischt wird dadurch die Grenze zwischen bloßer Vorbereitungshandlung und Kampfmaßnahme. [2] Es ist nicht einzusehen, daß ein verbandsinterner Beschluß der Gewerkschaft, die Urabstimmung abzuhalten oder die Urabstimmung selbst, die die Gewerkschaftsorgane lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet, den Streik auszurufen, schon eine Arbeitskampfmaßnahme sein soll ( dies verneint auch §2 der Neuen Arbeitskampfrichtlinien des DGB ). [3] Die vom Strafrecht her bekannte Abgrenzung " Vorbereitungshandlung - Versuch " lehrt, daß die Vorbereitungshandlung nur auf die Tatbestandsverwirklichung abzielt, aber noch keinen Anfang der Ausführung darstellt. Danach wäre die Urabstimmung allenfalls eine " straflose " Vorbereitungshandlung.

Durch diese Vermischung von Vorbereitungshandlung und tatsächlicher Störung des Arbeitsfriedens wird eine erhebliche Rechtsunsicherheit in das Arbeitskampfrecht hineingebracht. Denn an die Stelle des sichtbaren und leicht beweisbaren Tatbestandes der wirtschaftlichen Schädigung tritt die objektiv kaum feststellbare Beeinträchtigung der Entschließungsfreiheit, deren Vorliegen nicht zuletzt von der psychischen Konstitution der Arbeitgeberseite abhängt.

Schließlich liegt in der weiten Vorverlagerung der Kampfmaßnahme ein Verstoß gegen den Grundsatz der Waffengleichheit. Die Arbeitgeberverbände können wegen der relativ geringen Mitgliederzahl die Arbeitskampfwilligkeit ihrer Mitglieder ermitteln, ohne daß es notwendigerweise nach außen bekannt werden muß, so daß Vorbereitungshandlungen zu einer Aussperrung grundsätzlich keine Arbeitskampfmaßnahmen wären, während die Gewerkschaften wegen der großen Zahl ihrer Mitglieder erst durch eine nicht geheimzuhaltende Willensbildung zum Streikentschluß gelangen können. Dieser in der Struktur der beiden Seiten liegende Unterschied rechtfertigt nicht eine solche rechtlich grundsätz-

---

1 vgl. Hessel, BB 59, 417, 1311; Brox-Rüthers, S. 79; Söllner, S. 82

2 Reuss, AuR 60, 290; Brox-Rüthers, S. 80; Söllner, S. 76

3 Quelle 74, 307

lich unterschiedliche Regelung. [1]
Es ist daher die Übernahme des am Fall einer konkret erweiterten Friedenspflicht entwickelten Begriffs der Kampfmaßnahme in den Bereich der relativen Friedenspflicht abzulehnen.
Der Umfang der Friedenspflicht folgt nicht aus dem Begriff der Arbeitskampfmaßnahme, sondern aus dem Innalt des TV.

b. Störung des Wirtschaftslebens

Auch das RAG [2] hat den Umfang der Friedenspflicht weit ausgedehnt, indem es aus dem Grundsatz von Treu und Glauben die Pflicht zur Unterlassung grundloser Störungen des Wirtschaftslebens mit der Folgerung entnommen hat, daß diese grundlosen Störungen tarifwidrig seien.
Dieser Entscheidung ist zu Recht lebhaft widersprochen worden, [3] denn sie steht zu dem oben beschriebenen Charakter der Friedenspflicht, dem auch das RAG zustimmt, im krassen Gegensatz. Allein aus dem allgemeinen, oft nur als Notlösung dienenden Grundsatz von Treu und Glauben kann den Parteien ein solcher Bindungswille, der den Inhalt eines üblichen TV weitgehend übersteigt, nicht unterstellt werden. Das Urteil verwischt auch die Grenze zwischen Vertragsverletzung und Delikt, die es auch im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts zu beachten gilt.

c. Tariflich nicht geregelte Komplexe

Manche Autoren [4] sehen in einem Schweigen des TV über tariflich nicht geregelte Fragen einen von den Parteien zum Vertragsinhalt erhobenen Regelungsverzicht, so daß auch die tariflich nicht geregelten Fragen von der relativen Friedenspflicht mit erfaßt werden.
Dabei wird aber außer Acht gelassen, daß ein Schweigen nurunter sehr engen Voraussetzungen als WE aufgefaßt werden kann, [5] die

---

1 Hessel, BB59, 418; Reuss, AuR 60, 291; Schaub, S. 728 Brox-Rüthers, S. 80; Söllner, S. 82
2 RAG, ARS 9, 254; 17, 199; ebenso Anthes, NZfA 31, Spalte 91
3 Nipperdey, ARS 9, 261; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, A. 110 zu § 1 TVG; Nikisch, §75 II 3 d
4 Siebrecht, S. 45; Osswald, S. 31
5 s. dazu Enneccerus-Nipperdey, § 153 III; Lehmann-Hübner, § 30 III

hier auf keinen Fall erfüllt sind. Hier wird praktisch - ohne eine diesbezügliche Parteivereinbarung - jedem TV eine absolute Friedenspflicht beigelegt, was mit der h.M. [1] abgelehnt werden muß.

d. Auslegung des Umfanges der Friedenspflicht

Ähnliche Bedenken bestehen gegen die neuerlichen Versuche in der Literatur [2], den Umfang der relativen Friedenspflicht neu zu bestimmen.

So erstreckt Müller [3] in dem Falle, daß die Tarifparteien nur eine Teilfrage aus einem Gesamtkomplex geregelt haben, die Friedenspflicht auch auf die nicht geregelten Teile des Komplexes. Die Stellung und Aufgabe des Tarifvertragsystems könnte sonst in der deutschen Rechtsordnung unterbewertet werden. Müller wendet sich zwar auch gegen eine absolute Friedenspflicht ohne entsprechende Parteiabrede, doch dürfte zwischen der von ihm angenommenen "erweiterten Friedenspflicht" und einer absoluten Friedenspflicht kein nennenswerter Unterschied bestehen.

Während Müller seine Ansicht mit dem öffentlich-rechtlichen Charakter des TV zu untermauern versucht, geht Gift [4] zwar von einer privatrechtlichen Natur des TV aus, doch auch er vermag mit seinem Grundsatz der Interpendenz aller materiellen geldwerten Arbeitsbedingungen, wonach die mit der Tarifregelung in einem wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Forderungen nicht kampfweise durchgesetzt werden dürfen, nicht zu überzeugen, denn er bleibt den Nachweis für einen dahingehenden Parteiwillen schuldig. Ein solcher positiver Nachweis, daß der Parteiwille über den Vertragsinhalt hinausgeht, ist aber unentbehrlich, wenn man die Friedenspflicht dem TV als immanent ansieht.

Überwiegend wird aber auf die Grundsätze der Auslegung bis hin zur ergänzenden Vertragsauslegung zurückgegriffen, wobei ermittelt wird, inwieweit der "wirkliche" Parteiwille eine erweiterte

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 313 f.; Nikisch, § 75 II 3 b; Brox-Rüthers, S. 75

2 Müller, DB 59, 515; Gift, DB 59, 651

3 a.a.O.

4 a.a.O.

Friedenspflicht mit einschließt.[1] Dabei werden auch im Rahmen der Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens die Gedanken von Müller und Gift berücksichtigt, so daß man z.B. zu der Feststellung gelangt, die Friedenspflicht eines den Urlaub regelnden TV verbiete Kampfmaßnahmen zur Erzwingung eines zusätzlichen Urlaubsgeldes oder eines besonderen Bildungsurlaubs.
Der TV mag auslegungsfähig sein. Was aber den Umfang der Friedenspflicht anbetrifft, muß von der Natur der Friedenspflicht als einem notwendigen Inhalt eines jeden TV ausgegangen werden: sie kann daher nur beim Vorhandensein entsprechender Anhaltspunkte in den Parteierklärungen über den Inhalt des Vertrages hinausgehen. Ein solcher Anhaltspunkt liegt nicht schon allein in einem sachlichen Zusammenhang zweier Komplexe und es kann der Parteiwille nicht allein unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten in eine bestimmte Richtung gedeutet werden. Das würde auch den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen widersprechen, wonach eine erläuternde Auslegung nur Platz greifen kann, wenn sich der Umfang einer Vertragspflicht nicht zweifelsfrei aus dem Vertrag bestimmen läßt [2] und eine ergänzende Auslegung sogar eine auszufüllende Vertragslücke voraussetzt [3]. Die meisten TV haben aber - angesichts der Erfahrung der Parteien und der oft langwierigen und genauen Verhandlungen - einen eindeutigen Inhalt, der keinen Raum für ein zusätzliches Hineininterpretieren mehr zuläßt. Man käme sonst zu einer Friedenspflicht als einer besonderen, neben der Vertragserfüllungspflicht bestehenden schuldrechtlichen Nebenpflicht, die eine Einschränkung des Koalitionsbetätigungs- und Streikrechts bedeuten würde und nicht zum Wesen des TV gehört. Es muß daher grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß alles, was nicht im TV enthalten ist, nicht von den Parteien geregelt werden sollte, so daß insoweit Kampffreiheit besteht.
Zur Untermauerung der hier befürworteten strikt relativen Friedenspflicht hat in jüngster Zeit R. Hoffmann [4] zwei neue Gesichtspunkte aufgeworfen. Er macht der herrschenden Meinung den

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 318; Brox-Rüthers, S. 75
2 BGH, LM Nr. 17 zu § 133 BGB; Flume, § 16, 3 f.
3 BGHZ 16, 77; Staudinger-Coing, § 133 A. 37
4 R. Hoffmann, GewMH 70, 714, 717

Vorwurf, sie sehe beim TV als Leistung und Gegenleistung nur den Austausch zwischen der Geltung der Tarifnorm und der Friedenspflicht der Gewerkschaften an, wobei die Hingabe der Arbeitskraft als selbstverständlich vorausgesetzt werde. Letztere sei aber gerade die entscheidende Gegenleistung für die vom Arbeitgeber gewährten Arbeitsbedingungen. Da es bei der Abwicklung des TV hauptsächlich um den Vollzug dieses Austausches gehe, könne die Friedenspflicht nur Bestandteil der gewöhnlichen Vertragserfüllungspflicht sein.
Diesem Gedankengang kann trotz Zustimmung im Ergebnis nicht gefolgt werden. Sicherlich stellt das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft eine Gegenleistung der Arbeitnehmerseite dar; diese Arbeitskraft wird dem Arbeitgeber aber doch schon in den Einzelarbeitsverträgen gesichert. Was die Besonderheit des TV ausmacht, ist doch, daß auf der Verbandsebene die ungestörte Gewährung der Arbeitsbedingungen bzw. -kraft vereinbart wird, weil insbesondere auf der Arbeitnehmerseite durch die Koalitionsbildung die Möglichkeit besteht, mittels Störens des Arbeitsfriedens die Unternehmersphäre empfindlich zu beeinträchtigen. Insoweit steht doch die Friedenspflicht der Gewerkschaft als Gegenleistung im TV eindeutig im Vordergrund.
Brauchbar ist aber der zweite von Hoffmann angeführte Gesichtspunkt, nämlich die klare Hervorhebung der Aufgaben der Gewerkschaft: sie sollen ein Gegengewicht zur Arbeitgeberseite zur Überwindung der untergeordneten Position der Arbeitnehmer im Betrieb und Gesellschaft bilden. Damit zwangsläufig verbunden und in gewissem Widerspruch dazu stehend ist die durch den kollektiven Verkauf der Arbeitskraft bedingte Anerkennung des Warencharakters der Arbeitskraft, also die Übernahme einer notwendigen Funktion in unserem Gesellschaftsystem durch die Gewerkschaft. Je weiter man nun die Friedenspflicht mit der h.M. ausdehnt, desto größer wird der aufgezeigte Widerspruch bis hin zu einer Zweckentfremdung der Aufgabenstellung der Gewerkschaft, denn um so mehr muß die Gewerkschaft im Gegensatz zu ihren primären Funktionen auf ihre Mitglieder zwecks Einhaltung der tarifvertraglichen Bestimmungen einwirken und wird somit quasi in die Rolle eines Disziplinierungsinstruments gegenüber ihrer eigenen Basis gezwungen.

Der Gewerkschaft dürfen daher nur unmittelbar gegen Innalt und Bestand des TV gerichtete Kampfhandlungen untersagt sein. Nur wenn ein objektiv untrennbarer Zusammenhang einer tariflich nicht geregelten Frage mit einer tariflichen Regelung besteht - was in dem oben erwähnten Beispiel des Urlaubs mit dem Urlaubsgeld nicht der Fall ist -, erfaßt die Friedenspflicht ausnahmsweise beide Komplexe.

2. Hauptstreitpunkte bezüglich des Umfangs der Friedenspflicht

Dieser Ausgangspunkt hinsichtlich der Umschreibung des Umfangs der Friedenspflicht soll nun an einigen Hauptstreitpunkten konkret erläutert werden.

a. Streik während eines laufenden TV

Der Streik, der verbesserte Arbeitsbedingungen für die Zeit nach Ablauf des TV erstrebt, aber noch während der Geltungsdauer des laufenden TV begonnen wird, wird nach fast einhelliger Ansicht als tarifvertragswidrig angesehen. [1] Als Begründung für diese Ansicht wird angeführt, ein solcher Streik laufe dem Zweck des TV zuwider, während seiner Laufzeit den Arbeitsfrieden zu sichern; [2] zudem würde dadurch praktisch die Laufzeit des TV verkürzt werden. [3]

Ohne Einschränkungen kann dieser Meinung nicht gefolgt werden. Es kann einerseits nicht geleugnet werden, daß es sich bei dem Ziel der Erreichung verbesserter Arbeitsbedingungen nach Beendigung des TV um eine außerhalb des Geltungsbereiches des laufenden TV liegende Frage handelt, zumal sich der Gegenstand des neu abzuschließenden Vertrages nicht immer mit demjenigen des noch in Kraft befindlichen TV zu decken braucht, die Parteien können Inhalt und Umfang des Vertrages jeweils unterschiedlich gestalten. In Bezug auf außertarifliche Fragenkomplexe darf aber grundsätzlich mangels entgegenstehender Friedenspflicht auch während der Laufzeit eines TV gekämpft werden.

Andererseits dürfen die tariflich nicht geregelten Arbeitsbereiche hinsichtlich ihrer Erzwingbarkeit durch einen Arbeitskampf nicht undifferenziert behandelt werden. Es gibt Teilbereiche

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 315; Nikisch, S. 331 und Friedenspflicht, S. 40

2 Hueck-Nipperdey, a.a.O.

3 Anthes, Spalte 90,91

innerhalb der Arbeitsbedingungen, die die Parteien bei Vertragsabschluß keiner tarifvertraglichen Bindung unterworfen haben, weil sie sie nicht für regelungsbedürftig gehalten, sie mangels Einigung - zwecks Vermeidung des Scheiterns des Gesamtvertrages gezwungenermaßen - keiner vertraglichen Regelung zugeführt oder schließlich bewußt ohne tarifliche Vertragsgrundlage gelassen haben. Hier ist die mögliche Folge einer späteren zwangsweisen Durchsetzung eines Vertrages über solche ungeregelten Fragen mittels Arbeitskampfes von den Parteien von vornherein in Rechnung gestellt worden und i.d.R. auch zulässig.

Ist aber die Regelung bestimmter Arbeitsbedingungen nur deshalb nicht Gegenstand der tariflichen Vereinbarung geworden, weil diese erst nach Ablauf des geltenden TV die in diesem Vertrag festgelegten Bedingungen - angepaßt an die veränderte Wirtschaftslage - ersetzen und erneuern sollen, so gehen die Parteien i.d.R. davon aus, daß nicht schon während der Dauer des laufenden TV um die inhaltliche Gestaltung dieser den ( noch ) bestehenden Vertrag später fortsetzenden vertraglichen Regelung ein Arbeitskampf geführt werden darf. Häufig wird dieser Wille der Parteien durch die Vereinbarung eines Schlichtungsabkommens für die Zeit nach Beendigung des TV nach außen hin manifestiert. Aber auch in dem Fall, daß eine solche Schlichtungsvereinbarung nicht getroffen wird, kann i.d.R. von einem entsprechenden Willen der Beteiligten ausgegangen werden: denn der mit der Festlegung einer bestimmten vertraglichen Geltungsdauer verfolgte Zweck, während dieses Zeitraumes alle vertraglich geregelten Komplexe dem Schutz des Arbeitsfriedens zu unterstellen, würde vereitelt, wenn innerhalb dieser Frist bereits ein Arbeitskampf um die für den nachfolgenden Zeitabschnitt durch einen neuen TV festzulegenden Arbeitsbedingungen geführt werden dürfte.

Nicht übersehen werden darf jedoch in diesem Zusammenhang das Anliegen der Gewerkschaften, im Interesse der Arbeitnehmer einen lückenlosen Übergang von einem TV zum anderen zu schaffen; denn die Weitergeltung der Rechtsnormen eines TV gemäß §4 V TVG ist dispositiv, sie können auch durch einzelvertragliche Abreden zuungunsten der Arbeitnehmer abgeändert werden. [1]

---

1 Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, §4, A. 66; Maus, §4, A. 88

Man wird daher den Gewerkschaften im Falle fehlender Schlichtungsvereinbarungen bereits vor Beendigung des TV das Recht der Aufnahme von Verhandlungen mit der Arbeitgeberseite mit dem Ziel des Abschlusses eines neuen, unmittelbar zeitlich an den alten Vertrag anschließenden TV einräumen müssen, um bei fehlender Einigung über das neue Vertragswerk direkt nach Ablauf des alten TV und des damit verbundenen Wegfalls der Friedenspflicht Kampfmaßnahmen zwecks Erreichung verbesserter tarifvertraglich abgesicherter Arbeitsbedingungen einleiten zu können. [1]

b. Streik um die Auslegung eines TV

Ein Streik, mit dem eine objektiv richtige Auslegung des Vertrages durchgesetzt werden soll, wird von manchen Autoren als tarifvertragswidrig behandelt. Nach dieser Ansicht dient der Streik der Schaffung, nicht der Auslegung eines TV; sei der Rechtsweg gegeben, verletze ein dennoch begonnener Arbeitskampf stets die Friedenspflicht. [2]

Der von diesen Autoren aufgestellten Prämisse, der Arbeitskampf diene nur der Schaffung des TV, kann nicht ohne weiteres gefolgt werden. Man kann sich auch auf den Standpunkt stellen, der Streik dürfe um die Verbesserung der Arbeitsbedingungen im weiteren Sinne geführt werden, wozu auch die Durchsetzung des TV gehöre. Doch ist das eine Frage, die erst bei der Erörterung des deliktischen Streiks zu beantworten ist. Keinesfalls ist einzusehen, daß bei der Möglichkeit des Beschreitens des Rechtsweges ein trotzdem eingeleiteter Streik die Friedenspflicht verletzen soll. Der Umstand, daß gleichzeitig der Weg zu den Gerichten eröffnet ist, mag dazu führen, einen Arbeitskampf - wie noch zu erörtern sein wird - als unerlaubte Handlung anzusehen; mit einem solchen Arbeitskampf wird aber nicht gegen den Vertragsinhalt verstoßen - der Inhalt soll bei objektiv richtiger Auslegung weder geändert noch neu geregelt werden -, es wird vielmehr allein um die Durchsetzung des Inhalts, den die Gegenseite ausdrücklich mit vereinbart hat, gekämpft.

Die Gegenmeinung fördert die Vermischung von Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung; auch wenn ein solcher Streik eine

---

1 siehe auch R. Hoffmann, a.a.O. S. 718

2 Brox-Rüthers, S. 76

unerlaubte Handlung darstellen sollte, so beinhaltet er nicht deshalb auch einen Verstoß gegen die Friedenspflicht. Eine klare Trennung dieser beiden Institute nehmen viele Autoren gerade am Beispiel eines Streiks um die Durchsetzung einer objektiv zutreffenden Auslegung eines TV vor, indem sie einerseits eine Verletzung der Friedenspflicht durch einen solchen Arbeitskampf verneinen und andererseits das Vorliegen eines deliktischen Streiks bejahen. [1]

Was im übrigen die " objektiv richtige " Auslegung des Vertrages ist, läßt sich zwar letztlich verbindlich nur durch die Gerichte feststellen. Das kann aber nicht bedeuten, daß vor der Einleitung eines entsprechenden Arbeitskampfes eine gerichtliche Entscheidung darüber, welche der unterschiedlichen Auslegungen die zutreffende ist, eingeholt werden muß. Denn bei konsequenter Weiterentwicklung einer solchen Ansicht müßte jeder - auch mit anderen Zielen, deren Berechtigung die Gegenseite bestreitet - geführter Arbeitskampf zuvor gerichtlich auf die Zulässigkeit seiner Zielsetzung hin überprüft werden. Entscheidend kann insoweit nur eine nachträgliche rechtliche Bewertung der Kampfmaßnahme durch die Gerichte sein, die dadurch herbeigeführt wird, daß der soziale Gegenspieler, der die von der streikenden Partei vertretene Auslegung des Vertrages für unzutreffend hält, diese Frage durch die Geltendmachung von Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüchen gerichtlich klären läßt.

c. Streik gegen den Abbau übertariflicher Löhne

Ob der Streik gegen den Abbau übertariflicher Löhne tarifvertragswidrig ist, wird von manchen verneint [2], von anderen bejaht. [3]

Die Befürworter der Tarifwidrigkeit führen an, es könne keinen Unterschied machen, ob die Arbeitnehmer durch Streik eine übertarifliche Bezahlung erst herbeiführen, was unstreitig tarifwidrig sei, oder ob sie die Beibehaltung der bereits geltenden

---

1 Hueck-Nipperdey, § 16 II 2 a und § 49 VI 3 b; Nikisch, S. 123, 331

2 RAG, ARS 15, 121; Dietz, ZAS 70, 46

3 Anthes, a.a.O. Spalte 95

übertariflichen Bezahlung erzwingen wollen. Die Senkung der übertariflichen Löhne durch den Arbeitgeber sei nicht tarifwidrig, so daß dagegen keine kollektive Abwehrmaßnahme zulässig sei. Zwar muß diesen Autoren insoweit beigepflichtet werden, daß ein auf übertarifliche Löhne abzielender Streik als tarifwidrig angesehen werden muß, denn obwohl hierbei nicht unmittelbar der Bestand des TV angegriffen wird, ist doch das Stadium erricht, in dem die Parteien als selbstverständlich davon ausgingen, daß ein solcher Verstoß nicht erfolgen solle. Denn sonst würde der TV für den Arbeitgeber jeden Wert verlieren, da er doch gerade die Sicherheit haben soll, nicht durch ein kollektives Vorgehen der Abeitnehmer zur Zahlung übertariflicher Löhne genötigt zu werden. [1]

Dieser Gedanke kann aber bei einem Abbau übertariflicher Zulagen seitens der Arbeitgeberseite nicht Platz greifen. Hier sind es die Arbeitgeber selbst, die die Lohnfront in Bewegung bringen: unabhängig davon, ob ihr Verhalten einen Arbeitskampf darstellt - etwa bei Vornahme einer Massenänderungskündigung - [2] und ob diese Maßnahme ihrerseits tarifwidrig ist, müssen sie mit Gegenreaktionen der Arbeitnehmer rechnen. Hier bleibt es bei dem Grundsatz, daß sich die Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer im tariffreien Raum abspielen und somit nicht die Friedenspflicht verletzen können.[3] Der im Streik um übertarifliche Löhne liegende Verstoß gegen den Zweck des TV, nämlich dem Arbeitgeber für die Geltungsdauer des Vertrages die Kalkulationsgrundlage zu sichern, kann hier nicht vorliegen, da eben die Kampfmaßnahmen der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberseite veranlaßt worden sind.

Das wird um so mehr gelten, wenn in den Arbeitsverträgen bislang die übertariflichen Zulagen stets stillschweigend gewährt oder sogar ausdrücklich festgelegt worden sind; denn in diesem Falle werden die Tarifparteien die Zulagen i.d.R. bei der Regelung

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 314, Fn. 27; Nikisch, S. 332

2 vgl. dazu Zöllner, RdA 69, 250 f.

3 Nikisch, S. 336; Dietz, ZAS 70, 46; RAG, ARS 15, 121 m.A. Nipperdey

des TV mit berücksichtigen oder gar durch beschränkte Effektivklauseln - sofern man sie für zulässig hält [1] - klarstellen, daß die Zulagen von den TV nicht berührt und damit einmalige Aufstockungen erreicht werden. Bei einem dennoch erfolgenden einseitigen Abbau der Zulagen durch die Arbeitgeberseite kann eine dagegen gerichtete kollektive Maßnanme der Arbeitnehmer nicht als den Zweck des TV vereitelnd angesehen werden.

Auch das Argument, es könne dann selbst bei einer Tarifsenkung jeder Angleichung übertariflicher Löhne an die neuen Tarifsätze zulässigerweise durch Streik Widerstand geleistet werden [2], vermag nicht zu überzeugen. Ganz davon abgesehen, daß eine Tarifsenkung bislang noch keine praktische Bedeutung erlangt hat, würde sich in diesem Falle der Streik unmittelbar gegen den Inhalt des TV richten und könnte nur unter den Voraussetzungen eines erlaubten Abwehrstreiks zulässig sein. Hier geht es aber nicht um einen unmittelbaren Verstoß gegen im TV geregelte Fragen - der Kampf bewegt sich im übertariflichen Raum -, es könnte allenfalls ein Zweckverstoß vorliegen. Ein solcher kann aber nicht mehr gegeben sein, wenn bereits durch das Vernalten des Arbeitgebers die allgemeine Friedensordnung zerstört worden ist.

3. Zusammenfassung

Es ist zusammenfassend zum Umfang der Friedenspflicht nochmals zu betonen, daß grundsätzlich nur der Streik tarifwidrig ist, der sich unmittelbar gegen den Vertragsinhalt richtet. Es ist allen Versuchen energisch entgegenzutreten, den Umfang der Friedenspflicht zu erweitern, so daß sich die relative Friedenspflicht praktisch einer absoluten annähert. Auch wird mit der Feststellung, daß alle Maßnahmen tarifwidrig seien, die gegen Sinn und Zweck des TV verstoßen, im Schrifttum allzu leichtfertig verfahren. Man wird diese Maßnahmen den unmittelbar gegen den Innalt verstoßenden Kampfhandlungen nur gleichstellen

---

1 vgl. Übersicht bei Stahlhacke, DB 69, 791 ff.

2 Anthes, a.a.O., Spalte 96

können, wenn die Parteien bei Tarifvertragsabschluß als selbstverständlich davon ausgingen oder ausgehen konnten, daß ein solcher Verstoß nicht erfolgen sollte und nur deshalb sein Verbot nicht zum Vertragsinhalt machten (wie z.B. das Erstreben übertariflicher Löhne).

## IV. Geltungsdauer des TV

Die Friedenspflicht besteht naturgemäß nur während der Geltungsdauer des TV [1], einmal abgesehen von einer zeitlichen Hinausschiebung in Form einer besonderen Schlichtungsvereinbarung. Nach Beendigung des TV kann demnach ein Streik um die Schaffung eines neuen TV nicht tarifwidrig sein. Während eines laufenden TV muß daher eine - aus welchem Grunde auch immer - streikwillige Partei darum bemüht sein, durch eine vorzeitige Lösung des TV den Weg für einen tarifgemäßen Streik freizumachen.

1. Rechtsbehelfe für eine Lösung vom TV

Dabei stellt sich die Frage, welche Rechtsbehelfe unter welchen Voraussetzungen für eine solche Lösung vom TV in Betracht kommen. Früher war diese Frage stark umstritten. Teilweise wurde eine außerordentliche fristlose Kündigung aus wichtigem Grund zugelassen,[2] überwiegend sprach man sich aber für ein Rücktrittsrecht aus, was entweder auf §§ 325, 326, 242 BGB, clausula rebus sic stantibus oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage gestützt wurde. [3] Dieses Rücktrittsrecht wurde aber entgegen § 346 BGB nur ex nunc gewährt [4]. Heute wird nach den neueren Erkenntnissen über das Wesen der Dauerschuldverhältnisse fast allgemein eine Kündigung aus wichtigem Grund angenommen [5]. Aufbauend auf §§ 626, 723 BGB hat die Rechtsprechung

---

1 BAG, AP Nr. 1 zu § 1 TVG Friedenspflicht; Brox-Rüthers, S. 75

2 Hueck, TV S. 76; Jacobi, S. 217; Molitor, TarifVO, Anhang zu § 8 A. 10

3 z.B. RAG 5, 411; Hueck-Nipperdey, 3.-5. Auflage S. 207; Kaskel-Dersch, S. 127

4 vgl. Hueck-Nipperdey, a.a.O.

5 siehe Beitzke, Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerschuldverhältnissen (1948)

den Grundsatz aufgestellt, daß alle Rechtsverhältnisse von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten erfordern, aus wichtigem Grund kündbar sind.[1] Diesem Grundsatz ist die arbeitsrechtliche Rechtsprechung und Literatur weitgehend gefolgt.[2]
Zwischen der früheren und heute h.M. besteht aber praktisch kein großer Unterschied, da nach beiden Ansichten der TV nur für die Zukunft beendet wird, und der Rücktrittsgrund sich weitgehend mit dem zur Kündigung berechtigenden wichtigen Grund deckt.

2. Die rückwirkende Beseitigung eines TV

Die Möglichkeit der Vermeidung einer Verletzung der Friedenspflicht unter dem Gesichtspunkt einer vorzeitigen Lösung des TV scheint bislang in Rechtsprechung und Literatur noch nicht genügend berücksichtigt zu sein, obwohl gerade hier ein offenkundiger Ansatzpunkt besteht. Dabei soll zunächst von der normalen, dem TV immanenten Friedenspflicht ausgegangen werden.[3]
Die Problematik, die sich in diesem Zusammenhang zunächst stellt, ist die, inwieweit ein TV rückwirkend beseitigt werden kann. Unter Beachtung der Themenstellung muß die Prüfung nach der Möglichkeit der rückwirkenden Beseitigung des TV mit der Frage gekoppelt werden, ob dann für den zurückliegenden, möglicherweise durch den Fortfall des TV tariffrei gewordenen Zeitraum ein Streik zulässig ist.

a. TV als autonome Rechtsetzung

Den Ausgangspunkt der Überlegungen hinsichtlich der letzteren Frage muß die Feststellung des Chakakters des TV bilden, so daß möglicherweise Parallelen zu bereits entwickelten Rechtsinstituten gezogen werden können. Die Gestaltung des normativen Teils des TV rührt nach ganz überwiegender Ansicht aus einer Rechtsetzungsbefugnis der Tarifparteien, wobei es sich bei dieser

---

1 BGH, NJW 60, 1614

2 BAG, AP Nr 1 zu § 1 TVG; Hueck-Nipperdey, S. 471; Nikisch, S. 351; Maus, A. 296 zu § 1 TVG; Thiele, RdA 68, 424

3 später wird dieselbe Problematik bei einer zeitlich erweiterten Friedenspflicht behandelt

Rechtsetzung um eine autonome handelt. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich um eine originäre [1], eine vom Staat delegierte [2] oder um eine aus Artikel 9 III Grundgesetz abgeleitete [3] Rechtsetzungsbefugnis handelt. Jedenfalls handelt es sich um autonome Rechtsetzung: Die sozialen Gegenspieler nehmen mit dem Aushandeln der Arbeitsbedingungen Aufgaben wahr, die sich in einer freiheitlichen Demokratie sinnvoller wahrnehmen können als der Staat. In Artikel 9 III GG wird der Pluralismus - in Anknüpfung an die Repräsentation der organisierten Interessen - als Gestaltungsprinzip der verfassungsmäßigen Ordnung wirksam [4]. Insoweit stellt sich auch das Tarifvertragssystem als sinnvolle Beschränkung der staatlichen Gesetzgebung dar.

b. Grundsätze für die Rückwirkung belastender Normen

Mit der Definition des normativen Teils des TV als einer autonomen Rechtsetzung ist auch schon in Bezug auf die Möglichkeit der Rückwirkung von TV eine Parallele im geltenden Recht gefunden: nämlich die Grundregeln, die für eine Rückwirkung von Rechtsnormen gelten. Das BVerfG [5] unterscheidet dabei im Rahmen der Untersuchung eines möglichen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip zwischen begünstigenden und belastenden Rechtsnormen. Während es bei begünstigenden Rechtsnormen keine Bedenken gegen eine Rückwirkung anmeldet, sieht es die Rückwirkung belastender Normen grundsätzlich als unzulässig an.

Da der TV eine Vereinbarung zweier Gegenspieler darstellt, hat er auch stets einen belastenden Inhalt, denn der durch den Vertragsschluß erreichte Vorteil der einen Partei bedeutet zwangsläufig einen Nachteil für die andere Partei. Demzufolge müßte

---

1 Schnorr, JR 66, 327, 329; Söllner, S.111 und AuR 66, 257, 260

2 Hueck-Nipperdey, S. 347; Nikisch, S. 45; BAG, AP Nr. 7 zu § 9 TVG

3 Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 103 ff.; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 160 ff.

4 J.H.Kaiser, Die Repräsentation organisierter Interessen, S.192

5 BVerfGE 13, 212 ff.; 19, 195; DÖV 68, 173

eine Rückwirkung von TV nach der Rechtssprechung des BVerfG stets ausgeschlossen sein. Der vom Rechtsstaatsprinzip geforderte Vertrauensschutz des Bürgers in die bestehende Rechtslage braucht aber dann nicht gewährt zu werden, wenn das Vertrauen nicht schutzwürdig ist. Das BVerfG hat daher einige Ausnahmen vom grundsätzlichen Rückwirkungsverbot gemacht; so erklärt es u.a. eine Rückwirkung dann für zulässig, wenn der Bürger in dem Zeitpunkt, auf den der Eintritt der Rechtsfolge vom Gesetz zurückbezogen wird, mit dieser Regelung rechnen mußte. [1]

Überträgt man diese Grundsätze in unser Tarifrecht, ergibt sich folgendes: solange ein TV in Kraft ist, dürfen die Parteien der an ihn gebundenen Einzelarbeitsverträge mit seinem Bestand rechnen. Eine spätere rückwirkende Änderung kann ihnen nicht zugemutet werden und würde den Sinn und Zweck eines TV vereiteln. Herrscht dagegen ein tarifloser Zustand, etwa indem ein TV beendet ist und nur noch gemäß § 4 TVG nachwirkt, können die Beteiligten nicht darauf vertrauen, daß es bei der bisherigen Regelung bleibt.[2] Die Nachwirkung allein erzeugt keinen Vertrauensschutz: ein solcher kann nur entstehen, wenn die Tarifnormen vom Willen der Parteien getragen werden.[3] Die Regelung eines neuen TV kann also äußerstenfalls bis zum Zeitpunkt des Ablaufes des alten TV zurückwirken, so daß beide TV unmittelbar

---

1 BVerfGE 1, 280; BGHZ 18, 94 f.; a.A. und demzufolge auch gegen die Zulässigkeit einer Rückwirkun von TV, Diekhoff, DB 58 1245 f.

2 Neumann-Duesberg, BetrVerfR 60, 401 will dies nur zugunsten der Arbeitnehmer gelten lassen. Eine solche einseitige Bevorteilung erscheint aber willkürlich und durch nichts gerechtfertigt. Aus dem Günstigkeitsprinzip läßt sich nichts herleiten, denn es gilt nur zwischen mehreren Normen mit verschiedenem Rang. Hier entscheidet das Ordnungsprinzip.

3 Nikisch, S. 294

aneinander anschließen. [1]

c. Auflösung des TV ex tunc

Im Falle einer Kündigung des alten TV ist somit eine Rückwirkung des neuen TV bis zum Kündigungszeitpunkt zulässig. Ließe sich nun der alte TV rückwirkend beseitigen, könnte sich die Regelung des neuen TV rückwirkend auf den dadurch entstandenen tarifreien Zeitraum erstrecken, so daß ein Streik mit einer solchen Zielsetzung nicht tarifvertragswidrig wäre. Die Frage ist also, ob und bejahendenfalls wie eine Auflösung des TV ex tunc erreicht werden kann.

(1) Fall des § 779 BGB

Man könnte an eine rückwirkende Beseitigung des TV über § 779 BGB denken. Das hätte aber zur Voraussetzung, daß die Vereinbarung einen Vergleich darstellt. Der TV ist jedoch nicht zur Beseitigung einer Ungewißheit über die bestehende Rechtslage geschlossen, sondern um neue Rechtsnormen für die Tarifunterworfenen zu schaffen. [2]

(2) Automatischer Fortfall des TV

Aus dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage könnte ein automatisch rückwirkender Fortfall des TV gerechtfertigt sein Grundsätzlich erfolgt jedoch keine von selbst eintretende Auflösung des Vertrages, die berechtigte Partei hat höchstens ein Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht.[3] Die Lösungserklärung kann nur in Ausnahmefällen unterbleiben, wenn sie den Umständen nach nicht zu erwarten ist.[4]

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 461 f., Stahlhacke, RdA 59, 268 f.; ähnlich unter bestimmten Voraussetzungen auch BAG, AP Nr. 4 zu § 1 TVG Rückwirkung; dagegen Jacobi, S. 235 f., der meint, es fehle für die Zulässigkeit der Rückwirkung an der für die unmittelbare Wirkung und Unabdingbarkeit des TV erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Aus der vom Gesetzgeber gewährten Autonomie der Sozialpartner folgt aber doch eine Rechtssetzungsbefugnis mit rückwirkender Kraft. Die Tarifparteien konnten auch vor dem Zeitpunkt des Tarifvertragsabschlusses für die Tarifgebundenen normative Regelungen treffen. Warum sollen sie dann nicht rückwirkend dazu in der Lage sein?

2 BAG, AP Nr. 1 zu § 1 TVG (Rückwirkung)

3 Palandt, § 242, 6; Esser I, S. 236; BAG, a.a.O.

4 Larenz I, S. 240

Die Entscheidung des Großen Senats des BAG [1], die einen automatischen Fortfall des TV über das Prinzip des Wegfalls der Geschäftsgrundlage bejaht, betraf einen Sonderfall, bei dem an die Stelle der fortgefallenen tariflichen Bestimmungen eine gesetzliche Regelung (ArbKrankhG) trat.

(3) Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und Rücktritt ex tunc

Es bleibt die Möglichkeit einer Unwirksamkeit des Vertrages, einer Anfechtung oder eines Rücktritts ex tunc, wobei in diesem Zusammenhang dahinstehen kann, ob man den Rücktritt auf §§ 325, 326 BGB oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage stützt [2].

Mit Rücksicht darauf, daß es sich beim TV um ein Dauerschuldverhältnis handelt, müssen gegen die Zulassung eines rückwirkenden Fortfalles des Vertrages zwangsläufig Bedenken laut werden. Denn es widerspricht grundsätzlich der Natur eines Dauerschuldverhältnisses, die auf seiner Grundlage abgewickelten Verträge nachträglich als ungeschehen zu behandeln.[3] Im Gegensatz zu den individualrechtlichen Verträgen, auf die Anfechtungs- und Rücktrittsregeln zugeschnitten sind, berührt die Rückwirkung beim TV nicht nur die Vertragsparteien, sondern würde dazu führen, daß nachträglich die Einwirkung der Tarifnormen auf alle tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse wieder entfallen würde, so daß die einzelnen Verträge rückwirkend einen anderen Inhalt bekämen, was eine große Unsicherheit mit sich bringen würde. Aus diesem Grunde wird auch ganz überwiegend die Möglichkeit einer rückwirkenden Beseitigung des TV verneint [4].

Nun könnte man aber diesen Bedenken bezüglich der Zulassung eines rückwirkenden Fortfalls des TV mit dem Hinweis begegnen, die dadurch entstehende Rechtsunsicherheit würde durch eine Rückwirkung der Regelung des neuen TV beseitigt. Damit wird deutlich, daß sich die beiden aufgeworfenen Problemkreise eng berühren: der neue TV kann einerseits nur zurückwirken, wenn der alte TV rückwirkend

---

1 BAG Großer Senat, AP Nr. 21 zu § 616 BGB Bl. 15

2 siehe oben S. 23

3 Beitzke, a.a.O.; Staudinger-Weber, A. 54 f. vor § 241 BGB

4 BAG, AP Nr. 1 zu § 615 BGB Kurzarbeit für Betriebsvereinbarung; Nikisch, S. 353; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, A. 20 zu § 1 TVG

fortfällt. Ein rückwirkender Fortfall des alten TV ließe sich andererseits nur rechtfertigen, wenn die dadurch bedingte, die Einzelarbeitsverträge beherrschende Unsicherheit durch die Regelung des neuen TV ausgeräumt würde. Die auf einen Nenner gebrachte, in diesem Zusammenhang entscheidende Frage lautet, ob die Parteien bei Abschluß des ersten TV damit rechnen konnten und durften, daß dieser Vertrag später durch einen anderen TV ersetzt würde oder anders gefragt, ob man i.Z.m. dem angesprochenen Problem einen tariffreien Zeitraum mit einem durch einen rückwirkenden Fortfall des TV entstandenen Zustand vergleichen kann.

Bei der Beantwortung dieser Frage darf die Ordnungs- und Friedensfunktion des TV nicht außer acht gelassen werden. Dem Arbeitnehmer soll der TV unabhängig von Konjunkturschwankungen einen bestimmten Lohn und gewisse Arbeitsbedingungen sichern, dem Arbeitgeber soll er zu einer weitgehend sicheren Kalkulation und Preisgestaltung verhelfen.[1] Müßten nun die Parteien bei Abschluß eines jeden TV mit einer späteren, rückwirkenden Änderung dieses TV rechnen, wäre das mit der Funktion des TV schwerlich in Einklang zu bringen.
Andererseits würde der soziale Schutzzweck des TV in sein Gegenteil verkehrt, wenn es nur mit Rücksicht auf die Vertragstreue infolge beispielsweise erheblicher Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse zu unbilligen Härten und zu einer einseitigen Bevorteilung eines der Sozialpartner käme. Auch die Friedensfunktion würde illusorisch, wenn es angesichts der Bindung der Tarifparteien an die Friedenspflicht zu unkontrollierbaren und unübersehbaren Ausschreitungen Unzufriedener käme, die den TV als für sich nicht verbindlich ansehen.
Unter Berücksichtigung des Sinnes und Zwecks des TV ist also eine gewisse Abwägung hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien an den TV anzustellen. So muß es unter bestimmten Voraussetzungen sicherlich ein Lossagungsrecht der Parteien geben, um eine neue Regelung abschließen zu können. Eine uneingeschränkte Zulassung des rückwirkenden Wegfalls des TV würde aber nicht dem Umstand Rechnung tragen, daß beide Parteien bei Vertragsabschluß

---

1 Vergl. Hueck-Nipperdey, S. 306, 307

ein Risiko übernehmen: nämlich einmal, daß sie von vornherein - etwa mangels geschickter Verhandlungsführung - eine ungünstigere Position einnehmen als der Vertragspartner (das ist nun einmal eine Folge der Vertragsfreiheit) und zum anderen, daß sie mit gewissen Veränderungen und Unregelmäßigkeiten rechnen müssen [1]. Das ist eine unbedingte Voraussetzung, um den TV überhaupt als sinnvolles Instrument der Tarifautonomie bezeichnen zu können. Von diesen Einschränkungen ausgehend ergibt sich für die Lösung bzw. Beseitigung des TV folgendes:

(a) Sphäre des Zurücktretenden

Eine Lösung vom Vertrag - ex nunc oder ex tunc - ist niemals durch Umstände gerechtfertigt, die in der Sphäre der den Rücktritt verlangenden Partei liegen: ein grobes Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung schon bei Vertragsschluß infolge schlechter Verhandlungstaktik oder ein solches, später eintretendes Verhältnis infolge eigenen Vertragsbruches des Benachteiligten berechtigen diesen nicht zur Lossagung vom TV.

(b) Kündigung

Tritt dieses Mißverhältnis im späteren Verlauf des Vertrages ein, ohne daß es der Rücktrittswillige verschuldet hat, wird man ihm unter bestimmten Voraussetzungen ein Lösungsrecht vom Vertrage zubilligen müssen. Es wäre aber sehr unpraktisch und es bestünde auch kein Bedürfnis, dies mit Rückwirkung zuzulassen, sondern erst im Zeitpunkt des Eintrittes dieses Mißverhältnisses. Insoweit ist der h.M. [2] zuzustimmen, die als Lösungsmöglichkeit vom TV nur eine Kündigung zuläßt.

(c) Anfechtung nach § 123 BGB

Nicht so eindeutig ist die Situation, wenn die Voraussetzungen des § 123 BGB gegeben sind.

Ob überhaupt die Möglichkeit einer Anfechtung des TV besteht, ist bestritten. Teilweise wird eine Anfechtung deshalb grundsätzlich abgelehnt, weil der TV kein dem Privatrecht unterliegender Vertrag sei [3]. Diese Meinung ist aber nicht zwingend, selbst

---

1 Maus, A. 296 zu § 1 TVG; Hueck-Nipperdey, S. 472

2 siehe oben S. 24, Fn. 2

3 Zunft, AcP 152, 303; auch schon NfZA 31, 300 f.

die meisten Anhänger der Auffassung von der öffentlich-rechtlichen Natur des TV wenden mangels besonderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften die privatrechtlichen Regeln an [1]. Manche lassen wohl eine Anfechtung zu, i.d.R. aber nur mit Wirkung für die Zukunft [2]. Überwiegend wird bei Vorliegen einer der Anfechtungsgründe des § 123 BGB anstelle der Anfechtung das Recht einer außerordentlichen Kündigung zugebilligt [3], da die Kündigung allein das für die Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses adaequate sei.

Daß im Falle des § 123 BGB das Lösungsrecht nur mit Wirkung für die Zukunft zugesprochen wird, wird auch hier mit der Eigenschaft des TV als Normenvertrag begründet, der weit über den Kreis der Vertragsparteien hinausreiche und die Rechtsverhältnisse Dritter regele. Ein Eingriff in diese Rechtsverhältnisse für die Vergangenheit wäre mit dem jedem TV auferlegten Erfordernis der Stabilität unvereinbar [4]. Um aber durch die Verneinung der Rückwirkung Härten zu vermeiden, werden der getäuschten bzw. bedrohten Partei Ansprüche aus c.i.c. [5] und aus den Vorschriften der unerlaubten Handlung zugebilligt [6].

Die h.M. berücksichtigt nicht hinreichend, daß der Gefahr der Unsicherheit, die eine Anfechtung ex tunc in viele Arbeitsverträge bringen könnte, dadurch begegnet wird, daß gerade der rückwirkende Fortfall des TV die Möglichkeit für den Abschluß eines neuen TV eröffnen soll, dessen Regelung auf den Zeitraum der Geltung des alten TV zurückwirkt. Der durch die Täuschung benachteiligten Partei kann eine solche Lösung nur recht sein, da sie dadurch ihre Position nur verbessern kann: ihr wird dadurch Gelegenheit gegeben, nachträglich einen Rechtsgrund

---

1 Simson bei Kaskel, Grundfragen des Tarifrechts S. 25; Kaskel, S. 22

2 Molitor, TVG Anhang zu § 8 A. 13; BAG, AP Nr. 2,15 zu § 123 BGB bezüglich des Arbeitsvertrages; a.A. also ex tunc Hueck, Tarifrecht S. 34

3 Hueck-Nipperdey, S. 354, 472; Nikisch, S. 353 LAG Heidelberg, BB 50, 649; Herschel, BABl. 50, 378; Maus, A. 297 zu § 1 TVG

4 Hueck-Nipperdey, S. 354; Nikisch, a.a.O.

5 Hueck-Nipperdey, a.a.O. Fn. 33

6 Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, A. 20 zu § 1 TVG

für eine ihrer Arbeitsleistung angemessenere Gegenleistung zu schaffen. Der Vertragsgegner, der den Anfechtungsgrund verursacht hat, muß sowieso mit einer Revidierung des Vertragswerkes rechnen und genießt insoweit keinen Vertrauensschutz.
Der Umstand, daß die Wirkungen eines TV über den Kreis der Vertragsparteien hinausreicht, kann einer Rückwirkung nicht im Wege stehen, da die anzustrebende Neuregelung des TV sich nicht nur auf die Vertragspartei bezieht, sondern auch die davon betroffenen Arbeitsverträge nachträglich absichert. Die Differenz aus dem Vergleich zwischen der alten, fortgefallenen und der neuen Regelung stellt dann einen exakt messbaren Betrag dar, den die Arbeitnehmerschaft von der Arbeitgeberseite zu fordern berechtigt ist. Durch die Einräumung der Möglichkeit eines Streiks um den Abschluß eines neuen, in die Vergangenheit wirkenden TV wird der Arbeitnehmerseite ein Mittel in die Hand gegeben, aus eigener Kraft die durch die Täuschung verursachte schlechte Position wieder auszugleichen.

(d) Nichtigkeit

War der TV von vornherein nichtig (§§ 125, 134, 138 BGB), so könnte man meinen, ergibt sich die Frage nach einer Lossagung von diesem Vertrag mit ex-nunc- oder ex-tunc - Wirkung nicht, da er eben gar nicht existent sei.
Andererseits darf man nicht übersehen, daß der Vertrag faktisch eine gewisse Zeit durchgeführt worden ist und die auf der Grundlage des TV vollzogenen Arbeitsverhältnisse nicht einfach hinweggeleugnet werden können. Darum wird auch hier überwiegend - aus der gleichen Erwägung wie im Fall des § 123 BGB - eine Berufung auf die Nichtigkeit nur für die Zukunft zugelassen [1]. Man muß aber auch hier der durch die Sittenwidrigkeit benachteiligten oder von dem Gesetz, gegen das verstoßen ist, geschützten Partei das Recht auf die Berufung einer anfänglichen Nichtigkeit des TV geben, um ihr die Chance einer Neuregelung der Arbeitsmaterie einzuräumen. Allerdings wird man ihre Gutgläubigkeit bei Vertragsabschluß voraussetzen müssen. Hatte sie Kenntnis von der Nichtigkeit des Vertrages - etwa indem beide Parteien sich bewußt

---

1 vgl. BAG, AP Nr.2 zu § 123 BGB; Beitzke, S. 35 (wohl auch, wenn er in einer Rückwirkung eine störende Auswirkung erblickt.)

über eine Gesetzesregelung hinwegsetzten - so besteht keine Veranlassung, zu Gunsten einer Partei den TV rückwirkend als nicht existent anzusehen.

(e) Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich zur Möglichkeit einer rückwirkenden Beseitigung des TV folgendes sagen:
Grundsätzlich kann sich eine Partei vom TV nur mit Wirkung für die Zukunft lösen. Der Streik um den Abschluß eines neuen TV kann sich dann auf eine Regelung beziehen, die sich zeitlich an den Ablauf des alten TV anschließt.
Eine Beseitigung des TV mit ex tunc - Wirkung ist einmal in Form einer Anfechtung nach § 123 BGB möglich, wenn die anfechtende Partei vom Vertragsgegner arglistig getäuscht oder rechtswidrig bedroht worden ist, zum anderen durch eine Berufung auf die Nichtigkeit des TV, wenn die sich vom Vertrag lossagende Partei bei Vertragsabschluß keine Kenntnis von dessen Nichtigkeit hatte. Hier kann ein Streik mit dem Ziel geführt werden, einen neuen TV mit rückwirkender Geltung auch für den Zeitraum des fortgefallenen TV abzuschließen.

3. Kündigung aus wichtigem Grund

Abgesehen von den Fällen der Nichtigkeit des TV und seiner Anfechtungsmöglichkeit nach § 123 BGB kommt eine Lösung vom TV nur für die Zukunft in Betracht. Angesichts des Zweckes des TV kann den Parteien nicht schon bei jedem beliebigen Anlaß ein Lossagungsrecht zugestanden werden. Es müssen schon erhebliche Gründe vorliegen, um eine vorzeitige Beendigung des TV herführen zu können, da sonst die Friedens- und Ordnungsfunktion des TV illusorisch würde.
Im folgenden seien die wichtigsten Beispiele für eine vorzeitige Lösungsmöglichkeit vom TV aufgezeigt.

(a) Fall des § 119 BGB

Liegen die Voraussetzungen des § 119 BGB vor, so hat die "zur Anfechtung berechtigte" Partei ein Lossagungsrecht; allerdings nur für die Zukunft, denn hier erscheint die sich vom Vertrag lösende Partei für eine durch die Rückwirkung bedingte nachträgliche inhaltliche Veränderung der Arbeitsverhältnisse nicht schutzwürdig genug.

Ob man als Rechtsbehelf eine Anfechtung mit ex nunc-Wirkung [1] oder eine Kündigung annimmt [2], ist letztlich nur eine terminologische Frage, denn der für die Kündigung erforderliche wichtige Grund ist in diesem Fall mit dem Anfechtungsgrund aus § 119 BGB identisch [3]. Zwecks Einheitlichkeit der Rechtsbehelfe erscheint es allerdings praktischer, eine Kündigung vorzuziehen, zumal einer Anfechtung die Rückwirkung eigentümlich ist.

(b) Vertragsverletzung

Umstritten ist, inwieweit bei einer Vertragsverletzung durch eine Partei ein Kündigungsgrund für den Vertragspartner gegeben ist.

Manche Autoren verneinen bei einer Vertragsverletzung grundsätzlich die Möglichkeit einer Kündigung, da eine Vertragsverletzung die Brauchbarkeit der Tarifnormen i.d.R. nicht berühre. Entscheidend sei allein, ob die objektive Geschäftsgrundlage noch vorhanden sei [4].

Andere verlangen als Lossagungsgrund eine besonders grobe Pflichtverletzung, wie sie bei Anwendung der §§ 325, 326 BGB den Rücktritt rechtfertigen würde [5].

Das BAG [6] läßt offensichtlich jede schuldhafte Vertragsverletzung als Kündigungsgrund ausreichen.

Alle vertretenen Meinungen erscheinen als zu einseitig. So ist das alleinige Abstellen auf die Schwere der Pflichtverletzung wenig sinnvoll, denn diese besagt nicht zwingend, inwieweit der bislang ungestörte Verlauf des TV dadurch beeinträchtigt ist. Eine leichte Vertragsverletzung kann je nach ihrem Ansatzpunkt eher eine Unzumutbarkeit der Weiterabwicklung des Vertrages bewirken als eine zwar grobe Verletzung, die aber auf den Ablauf des TV keinen großen Einfluß hat. Angebrachter erscheint es daher,

---

1 So Farthmann, JuS 64, 142; BAG, a.a.O. (S. 23 Fn. 4)

2 Hueck-Nipperdey, S. 354, 472; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, A. 20 zu § 1 TVG; Nikisch, S. 353

3 Hueck-Nipperdey, S. 472

4 Maus, A. 296 zu § 1 TVG; Nikisch, S. 352, der nur Ersatzansprüche zulassen will

5 Hueck-Nipperdey, S. 472, 473; Beitzke, S. 23

6 BAG, AP Nr. 4 zu § 1 TVG Friedenspflicht

von einer Bewertung der Pflichtverletzung abzusehen und allein auf die durch die Pflichtverletzung hervorgerufene Störung des FV abzustellen. Insofern klingt bei der obigen ersten Meinung [1] der richtige Gedanke an, daß beim TV objektive Veränderungen und Erschwerungen eine wesentlich größere Bedeutung haben als Vertragsverletzungen. Die diese Auffassung vertretenen Autoren übersehen andererseits aber den Zusammenhang zwischen normativen und schuldrechtlichen Teil des FV: die Sicherung des Arbeitsfriedens ist eine wesentliche Aufgabe des TV, ihre Aushöhlung durch eine Verletzung der Friedenspflicht kann durchaus eine zumutbare Weiterführung des Vertrages in Frage stellen.

Es ist demnach auf die durch die Pflichtverletzung hervorgerufene Unzumutbarkeit am weiteren Festhalten des Vertrages abzustellen. Eine solche Unzumutbarkeit ist einmal gegeben, wenn das Interesse des Verletzten an der weiteren Vertragsabwicklung weggefallen ist oder wenn das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien nachhaltig erschüttert worden ist. Zwar sind diese Begriffe nicht eindeutig umgrenzt, das kann aber nur von Vorteil sein, da so ein Abstellen auf den Einzelfall ermöglicht wird.

(c) Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse

Der in der Arbeitspraxis wichtigste und häufigste Kündigungsgrund dürfte die Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse während der Abwicklung des TV sein.

Bei der Prüfung der Frage, ob überhaupt und bejahendenfalls bei welchem Intensitätsgrad wirtschaftliche Veränderungen einen Kündigungsgrund abgeben, muß man sich vergegenwärtigen, daß der TV aufgrund seiner Ordnungs- und Friedensfunktion auch bei wechselnder Wirtschaftslage stabile Arbeitsbedingungen gewährleisten soll. Bei Eingehen eines länger währenden Vertragsverhältnisses besteht für beide Parteien das Risiko, daß gewisse Änderungen und Unregelmäßigkeiten eintreten. Damit müssen sie rechnen.

Daraus wird zum Teil gefolgert, daß eine Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zu einer Kündigung des Vertrages berechtigen kann, da der FV gerade die Stabilisierung der Arbeitsverhältnisse auch für solche Fälle während der vorgesehenen

---

1 wie Fußnote 4 der Vorderseite

Zeitdauer sichern soll [1].

Überwiegend wird zwar unter diesem Gesichtspunkt eine Kündigung aus wichtigem Grund zugelassen, doch wird aus dem oben genannten Grund als Voraussetzung für eine solche Kündigung eine unvorhersehbare, umstürzende Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse mit der Folge, daß einem Vertragspartner unter keinen Umständen die Aufrechterhaltung des TV mehr zugemutet werden kann, verlangt. [2]

(1) Kündbarkeit bei bestimmter Preissteigerung

Diese Ansichten vermögen nicht unbedingt dem Sinn und Zweck des TV gerecht werden. Der TV ist kein Geschäft in dem Sinne, daß der eine Vertragspartner um jeden Preis auf Kosten des anderen auf seinen Gewinn bedacht ist. Bei ihm steht nicht der Austauschcharakter im Vordergrund: bei solchen Verträgen ist es verständlich, daß nur eine ganz einschneidende Änderung zu einer Vertragslösung gegen den Willen einer der Parteien führen darf, denn hier gehen die Parteien bewußt das Vertragsrisiko ein, während der Vertragsabwicklung Nachteile zu Gunsten des Vertragsgegners in Kauf nehmen zu müssen. Der TV dient demgegenüber - fußend auf der Autonomie der Sozialpartner - einer sinnvollen Ordnung des Arbeitslebens [3]. In dem Moment, wo er diese Funktion nicht mehr erfüllen kann, muß die Möglichkeit seiner Beseitigung oder Abänderung bestehen, sonst erweist sich das Tarifvertragssystem geradezu als Bremsklotz gegenüber einer vernünftigen Koordinierung der gegensätzlichen Interessen von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite und als Zufallstreffer für eine der beiden Parteien, die ohne den Vertrag nicht zu einer solchen Bevorteilung gekommen wäre. Der Sinn des TV würde in sein Gegenteil verkehrt und es könnte beim besten Willen nicht mehr von einer Ordnung des Arbeitslebens gesprochen werden, wenn es nur mit Rücksicht auf die Vertragstreue zu unbilligen Härten und einseitigen Gewinnhäufungen käme und durch die dadurch bedingte Zurückhaltung der Gewerk-

---

1 Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, A. 39 a.E. zu § 1 TVG; wohl auch Hanau, Der Arbeitgeber 70, 404, 405

2 RAG 5, 411 (416); BAG, AP Nr. 1 zu § 1 TVG, Hueck-Nipperdey, S. 472; Müller, BetrVerf 58, 108

3 BVerfGE 4, 107, 18, 27

schaft unübersehbare Ausschreitungen [1] zur Folge hätte.

Sicherlich darf nicht übersehen werden, daß der TV dem Arbeitgeber eine gewisse Sicherheit hinsichtlich der Kalkulation und Preisgestaltung geben soll, so daß die Arbeitnehmerschaft nicht frei sein kann von jedem Risiko zu ihren Lasten. Doch darf nicht übersehen werden, daß bei Wirtschaftsschwankungen die Arbeitnehmer schutzloser sind als die Arbeitgeberseite: die letztere kann sich bei schlechterer Konjunkturlage wirkungsvoller helfen, indem sie beispielsweise die Produktionskapazität verändert oder die anfallenden Kosten durch eine gewisse Preissteigerung auffängt. Dagegen bleibt dem Arbeitnehmer in solchen Fällen nur eine Senkung des Lebensstandards. Es wäre also ein ungleiches Geschäft, würde der TV jeder Partei - wie bei sonstigen Geschäften - das volle Vertragsrisiko auflasten und nur in absolut wirtschaftlichen Notfällen kündbar sein. Der primäre Sinn des TV liegt doch gerade in seinem sozialen Schutzzweck [2], nämlich, die vom Arbeitgeber einseitig getroffene Festlegung der Arbeitsbedingungen durch eine vertragsmäßige Gestaltung zu ersetzen. Dieser Sinn des TV würde vereitelt, wenn sich die vertragsmäßige Gestaltung zu einem für die Arbeitnehmerschaft unsozialen Instrument auswirken würde.

Es muß daher schon bei gewissen, in diesem Maße von den Tarifparteien nicht vorausgesehenen und daher bei Abschluß des Vertrages nicht berücksichtigten Änderungen der wirtschaftlichen Lage eine Loslösung vom TV möglich sein. Die Frage ist allerdings, welche Kriterien für eine solche vorzeitige Lösungsmöglichkeit aufzustellen sind, damit der TV zwar seiner sozialen Funktion gerecht werden kann und den Arbeitsfrieden zu sichern in der Lage ist, aber auch die Arbeitgeberseite für einen gewissen Zeitraum in ihrer Unternehmerinitiative frei von Behinderungen beläßt. Anknüpfungspunkt kann hier die Steigerung der Lebenshaltungskosten sein, die bei Erreichung eines gewissen Umfanges

---

1) So befürworten auch die Arbeitgeberverbände - wohl unter dem Eindruck des wilden Streiks von 1969 - die Konsultation der Tarifpartner während der Laufzeit des TV, s. Bericht der "Welt" vom 19.5.1970, S. 9

2) Söllner, S. 111

zur Kündigung des TV berechtigt. Durch eine Anlehnung an den Preisindex kann der Konflikt zwischen Beharrungs- und Anpassungstendenz gelöst werden: bei einer Preissteigerung in einer bestimmten Prozenthöhe besteht die Möglichkeit, sich vom TV zu lösen und den Weg für die - notfalls durch Arbeitskampf zu erreichende - Regelung neuer, der veränderten Wirtschaftslage angepaßter Arbeitsbedingungen zu ebnen.

(2) Keine Alternative über Indexklauseln

Gegen dieses erweiterte, am Preisindex orientierte Kündigungsrecht könnte allerdings die in jüngster Zeit viel erörterte Möglichkeit einer Aufnahme von Indexklauseln in den TV [1] sprechen, die sowohl eine Aufhebung des TV als auch einen sich möglicherweise daran anschließenden Arbeitskampf als unnötig erscheinen lassen könnten; denn danach wäre die Höhe der im TV vereinbarten Löhne, von der künftigen Preisentwicklung bzw. in der Weise abhängig, daß die Tariflöhne sich selbstätig dem Index der Lebenshaltung entsprechend ändern und zwar entweder in Form einer einmaligen Anpassung oder durch eine laufende Angleichung. [2]

Gegen die Aufnahme von Indexklauseln in TV bestehen aber erhebliche Bedenken. So wird überwiegend [3] angenommen, daß diese Klauseln unter § 3 S. 2 WährungsG fallen, wonach Geldschulden, deren Betrag durch den Preis anderer Güter oder Leistungen bestimmt werden soll, der Genehmigung der Bundesbank bedürfen. Und nach der Genehmigungspraxis der Bundesbank in den letzten zwei Jahrzehnten kann kaum davon ausgegangen werden, daß die eine Koppelung der Löhne an die Preise bewirkenden Klauseln die Zustimmung des Notenbankinstitutes finden werden. Dagegen läßt sich nicht sagen, § 3 WährungsG finde auf Indexklauseln deshalb keine Anwendung, weil dort die Abhängigkeit der Löhne vom Preisindex nicht, wie es diese Bestimmung verlangt, durch rechtsge-

---

1 vgl dazu das Jahresgutachten des Sachverständigenrates 1967/68 (Nr. 328 f., Bundestags-Drucksache V 2310) und 1969/70 (Bundestags-Drucksache VI 100)

2 Nies, RdA 70, 169; Knolle, ArbR Blattei (D), Lohn IX, Indexlöhne; Arndt, GewMH 52, 336

3 Hueck-Nipperdey, S. 395; Knolle, a.a.O. Blatt 5; Staudinger, § 611, A. 208 a

schäftliche Vereinbarung, sondern aufgrund der normativen Wirkung des TV entstehe [1]. Es ist zwar richtig, daß die in einem TV aufgenommenen Indexklauseln zum normativen Teil des Vertrages gehören; insoweit handelt es sich aber um eine autonome Rechtsetzung der Tarifvertragsparteien: der Inhalt des TV beruht allein auf dem Willen und der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Vertragsparteien, der staatliche Gesetzgeber ist hier nicht kompetent [2]. Daher sind Indexklauseln in TV durchaus auf eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zurückzuführen. Demgegenüber fallen Abreden in TV, wonach bei Erreichung eines bestimmten Preissteigerungssatzes der TV kündbar sein soll, unstreitig nicht unter die Vorschrift des § 3 WährungsG, denn in diesem Falle ist nicht die Höhe der Geldschulden, sondern nur die Kündbarkeit des TV von der künftigen Entwicklung des Preisniveaus abhängig [3].
Gegen die Aufstellung von Indexklauseln in TV sprechen auch wirtschafts- und sozialpolitische Erwägungen. Wenn behauptet wird, die Indexklauseln würden durch das Ermöglichen längerfristiger TV stabilisierend wirken [4], so ist dagegen einzuwenden, daß umgekehrt ein kumulativer Prozeß ständiger Anpassungsvorgänge der Löhne an höhere Preise und der Preise an das erhöhte Lohnniveau zu befürchten ist. Durch die schematische Anpassung der Löhne an den jeweiligen Preisstand würde die Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen unelastisch, so daß die Möglichkeit erleichtert wird, erhöhte Lohnkosten auf die Endverbraucher abzuwälzen. Es ist also gerade - ohne hier die volkswirtschaftlichen Gesichtspunkte ausschöpfen zu können - eine inflationsverstärkende Wirkung durch diese Klauseln zu erwarten. [5]
Die Einführung der Indexklauseln würde auch zu erheblichen

---

1 Nies, RdA 70, 170; Schnorr, AuR 63, 163
2 siehe oben S. 7 f., 25
3 vgl Nies, a.a.O., S. 170
4 so Nies, a.a.O., S. 172
5 Staudinger, § 611, A. 208a; Knolle, a.a.O., Blatt 3; Arndt, GewMH 52, 336 f.

sozialen Ungerechtigkeiten führen. Man denke nur an die Schwächung der Kaufkraft derer, deren Einkünfte zumindest zunächst stabil bleiben, z.B. der Unterstützungsempfänger und eines Teils der Rentner und die besonders unter der Überwälzung der erhöhten Lohnkosten auf den Preis leiden würden. Es würde ein Verlust der Ersparnisse gerade der kleinen Sparer eintreten. Auch würde die im Ausgangspunkt bestehende Lohnstruktur konserviert, ohne daß notwendige Korrekturen im Verhältnis von Lohn und Preis einerseits und den einzelnen Lohnsätzen zueinander andererseits möglich wäre. Wollte man die Benachteiligung der sozial Schwachen durch die Inflationsspirale mindern, wäre man gezwungen, durch eine entsprechende Verminderung der Zahl der Beschäftigten und einen dadurch bedingten Kaufkraftrückgang die Nachfrage so elastisch zu machen, daß die erhöhten Lohnkosten zu einem geringeren Teil auf die Endverbraucher abgewälzt werden können; das würde aber eine sozial sehr bedenkliche Zunahme der Arbeitslosigkeit bedeuten.

Es darf auch im Hinblick auf die Notwendigkeit funktionsfähiger und starker Gewerkschaften nicht unberücksichtigt bleiben, daß bei längerfristigen TV, die eine automatische Anhebung der Löhne beinhalten, die Zahl derer, die an der Erforderlichkeit der Existenz von Gewerkschaften und der Gewerkschaftsbeiträge zweifeln, größer werden würde [1]. Denn der Kampf zwischen Gewerkschaften und der Arbeitgeberseite würde nicht mehr so sehr um den für die Masse der Arbeitnehmer sichtbaren und verständlichen Lohnsatz selbst geführt, sondern es ginge mehr um die „unpopuläre" Erfassung und Zusammenstellung der dem für die Lohnentwicklung entscheidenden Preisindex zugrundeliegenden Berechnungsfaktoren. Es wäre den Gewerkschaften auch über einen längeren Zeitraum verwehrt, über dem Preisniveau liegende Lohnsätze zu erstreben; die Lohntarife befänden sich stets im „Schlepptau " der Preise, ohne sie einmal überholen zu konnen. Das liegt weder im Interesse der Arbeitnehmerschaft noch trägt es zur Stärkung der Stellung der Gewerkschaften bei.
Die automatische Anpassung des Lohnniveaus an die Preisentwicklung durch Aufnahme von Indexklauseln in den TV ist daher

1 Knolle, a.a.O., Blatt 4

kein geeignetes Mittel, den TV zu einem seinem Schutz- und Ordnungszweck entsprechendem Instrument zu gestalten, ganz abgesehen von dem in § 3 WährungsG aufgestellten Zustimmungserfordernis der Deutschen Bundesbank. Die Möglichkeit, den TV bei Erreichung einer bestimmten Preissteigerungsrate vorzeitig zu kündigen, vermeidet die wirtschafts- und sozialpolitischen Nachteile der Indexklauseln, indem sie dem Preisindex nur eine Signalwirkung einräumt und gestaltet den TV flexibler, indem sie bei nicht vorhersehbaren Änderungen der wirtschaftlichen Lage den Weg für neue Verhandlungen und notfalls einen Arbeitskampf zwecks Erreichung angemessener Arbeitsbedingungen freimacht.

4) Teilkündigung

Nun wird es häufig so sein, daß infolge des Eintritts bestimmter Umstände nur ein Teil des TV nicht mehr seiner Funktion als sinnvolle Regelung des Arbeitslebens gerecht wird. Es wäre in solchem Falle höchst unpraktisch und umständlich, das gesamte Vertragswerk aufzulösen. Möglicherweise wollen das beide Parteien gar nicht; es kann sich auch nur um geringfügige Änderungen handeln, so daß es nicht angängig ist, das ganze Vertragswerk aufs Spiel zu setzen.

Für eine solche Teilauflösung bietet sich das Institut der Teilkündigung an. Eine Teilkündigung bezieht sich stets nur auf einen bestimmten abgegrenzten Teil eines Rechtsverhältnisses [1]. Haben die Parteien bereits bei Vertragsabschluß eine solche Kündigungsmöglichkeit vereinbart, so wird die spätere Teilkündigung allgemein für zulässig gehalten [2]. Allerdings handelt es sich dann in den meisten Fällen um die Vereinbarung eines anderen Gestaltungsrechtes, nämlich eines Widerrufes, so daß die darauffolgende Teilauflösung auf der

---

1 Goetz-Hueck, RdA 68, 201, (202): im Gegensatz zur Änderungskündigung, die im Falle einer Nichteinigung der Parteien zu einer Totalkündigung führt.

2 G.-Hueck, a.a.O.; Hueck-Nipperdey, S. 469; Nikisch, S. 350; BAG, AP Nr. 1 zu § 16 AOGÖ; Nr. 1 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; Nr. 29 zu § 59 BetrVG

Ausübung eines vorbehaltenen Widerrufs beruht [1].
Ist dagegen bei Vertragsabschluß von den Parteien keine Abmachung über die Möglichkeit einer späteren Teilkündigung erfolgt, wird eine dennoch ausgesprochene Teilkündigung fast einhellig als unzulässig abgelehnt [2].
Einschränkend will Maus [3] eine Teilkündigung hinsichtlich solcher Bestimmungen eines TV zulassen, die ihrer Natur nach Gegenstand eines selbständigen TV sein könnten.
Auf die Wesentlichkeit der Bestandteile abstellend, hält Joachim [4] eine Teilkündigung solcher Vertragsteile für unbedenklich, die dem Vertrag nicht als "generell - prägendes" Merkmal anhaften, die also nicht wesentlich sind.
Die meisten Argumente, die die h.M. gegen die Zulässigkeit einer Teilkündigung anführt, erscheinen als nicht durchschlagkräftig genug.
So ist der Hinweis auf § 305 BGB [5], wonach eine rechtsgeschäftliche Inhaltsänderung eines Schuldverhältnisses - wie sie durch eine Teilkündigung erreicht wird - nur durch einen Vertrag möglich sein soll, nicht zwingend. § 305 BGB sieht ausdrücklich andere gesetzliche Mittel zur Inhaltsänderung vor, wozu auch eine Kündigung gehört. Es erscheint zumindest möglich, auch eine Teilkündigung dazu zu zählen.
Nicht angebracht ist auch der Vergleich mit § 139 BGB [6], denn § 139 BGB geht von einer ursprünglichen Nichtigkeit infolge von Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründen aus, die nicht vergleichbar ist mit dem aus einer für die Zukunft wirkenden Kündigung resultierenden Zustand [7].
Etwas unverständlich erscheint auch die Berufung auf eine Rechtsunsicherheit, besonders im Hinblick auf die Ausfüllung der durch

---

1 Hueck-Nipperdey I, S. 551 f.; Nikisch, Festschrift für Sitzler S. 280 und Bd. I, S. 703

2 Alle auf S. 41 in Fußnote 2 Genannten; vom Arbeitsvertrag ausgehend mit gleicher Geltung für TV: Molitor, Die Kündigung S. 37 ff.

3 Maus, A. 293 a zu § 1 TVG

4 Joachim, RdA 57, 326 (329)

5 so Gutekunst, RdA 59, 369

6 so aber Molitor, a.a.O.; Palme, BlSozVerSArbR 58, 379

7 vgl. G.Hueck, S. 203; Joachim, a.a.O.; Herschel, BB 58, 160 ff.

die Teilkündigung entstehenden Lücken [1]. Es ist nicht einzusehen, warum eine Teilkündigung mehr Rechtsunsicherheit erzeugen soll als eine Totalkündigung. Was die entstehenden Vertragslücken anbetrifft, so sind sie doch gerade Voraussetzung für Verhandlungen der Parteien um eine neue, angemessenere Regelung an Stelle der alten, weggefallenen und möglicherweise auch für einen sich daran anschließenden Arbeitskampf [2].
Nicht so einfach hinwegsetzen kann man sich dagegen über das Argument der h.M.[3] bezüglich eines Verstoßes gegen die Vertragsautonomie. Denn fast jeder TV wird von den Parteien als Ganzes gewertet: seine Teile stehen in einem inneren Zusammenhang und in Wechselwirkung. Oft hat der eine Partner einer für ihn ungünstigen Regelung zugestimmt, weil an anderer Stelle der Vertrag für ihn besondere Vorteile enthält. Eine Teilkündigung könnte dieses vertragliche Gleichgewicht in unerträglicher Weise stören. Gegen dieses Argument trägt Joachim [4] in seiner teilweisen Befürwortung der Zulässigkeit von Teilkündigungen nichts vor. Seine Schlußfolgerungen von der Zulässigkeit der Totalkündigung im Wege des argumentum a maiore zu einer Erlaubtheit der Teilkündigung vermag nicht zu überzeugen, da die Teilkündigung gegenüber der Totalkündigung kein minus, sondern ein aliud ist [5]. Schon angängiger ist es, die Ansicht von Maus der h.M. entgegenzusetzen. Maus [6] trennt zwischen gekündigten Bestimmungen, die mit dem Inhalt des übrigen TV praktisch in unlösbarem Zusammenhang stehen, so daß der nicht gekündigte Teil ohne den gekündigten nicht gedacht werden kann und solchen, die Gegenstand eines selbständigen TV sein könnten. Letztere könnten durch eine Teilkündigung zulässigerweise vom Gesamtkomplex des TV abgetrennt werden. Der Ansicht von Maus liegt entgegen der

---

1 so aber Gutekunst, a.a.O.; Herschel, S. 162; Frey, AuR 58, S. 100
2 vgl. G.Hueck S. 204
3 so G. Hueck a.a.O.; Hueck-Nipperdey I, S. 551 u. II S. 469; Nikisch II, S. 350
4 Joachim, S. 326 ff.
5 vgl. Herschel, S. 160; G. Hueck, S. 203 Fu
6 Maus, A. 293 a zu § 1 TVG

zu starren h.M. die richtige Erkenntnis zugrunde, daß bei einer Störung des Vertragsablaufes dem Interesse beider Parteien mit der Abtrennung eines Teils des Vertragswerkes mehr gedient sein kann als mit seinem völligen Fortfall.
Fraglich ist aber, ob den von Maus als Voraussetzung für eine Teilkündigung aufgestellten Kriterien gefolgt werden kann. Zugestimmt werden muß ihm insoweit, als unlösbar zusammenhängende TV-Teile nicht einfach auseinandergerissen werden dürfen: das würde dem vertraglichen Gleichgewicht widersprechen und würde auch einen sich anschließenden Arbeitskampf um die Neuregelung des weggefallenen Teils des TV als tarifwidrig abstempeln. Allerdings erscheint die Zulassung einer Teilkündigung solcher Vertragsteile, die auch Gegenstand eines selbständigen TV sein könnten, sehr zweifelhaft. Allein die Möglichkeit der Bildung eines selbständigen Vertragswerkes einzelner Teile des TV ändert nichts daran, daß die Parteien diesen konkreten TV als Ganzes gewertet und eine Wechselwirkung zwischen den einzelnen Teilen beabsichtigt haben. Ansatzpunkt für die mögliche Zulassung einer Teilkündigung kann daher nur der Parteiwille sein. Es darf nicht auf die potentielle Selbständigkeit des abzutrennenden Vertragsteils abgestellt werden, vielmehr ist entscheidend, ob dieser Teil auch ohne weiteres vom übrigen Vertragswerk hinweggedacht werden kann, so daß die Parteien auch ohne ihn den übrigen Vertrag geschlossen hätten. Es ist dabei - in Anlehnung an die Rechtssprechung zu § 139 BGB - vom mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien auszugehen [1]. Dabei wird man von der kündigenden Partei die Darlegung verlangen müssen, daß der Vertrag auch ohne den abzutrennenden Teil, d.h. mit dem Inhalt des Rechtsgeschäftes abgeschlossen worden wäre [2], wobei die Feststellung ausreicht, daß die Parteien den Bestand des TV nicht von dem zu kündigenden Teil abhängig machen wollten [3]. Unter diesen doch engen Voraussetzungen erscheint die Zulassung einer Teilkündigung durchaus vertretbar und gegenüber der pauschalen Ablehnung einer solchen Kündigung durch die h.M. auch als praktisch.

---

1 RGZ 99, 55
2 RGZ 146, 118; BGH, NJW 51, 397
3 RGZ 188, 222

Um die Neuregelung des durch die Kündigung fortgefallenen Teils des TV kann dann letztlich ein Arbeitskampf geführt werden, während der aufrechterhaltene restliche Vertragsteil von beiden Parteien weiter durchgeführt und beachtet werden muß.

5) Lösung von einer zeitlich verlängerten Friedenspflicht
Bislang wurde nur die Lösungsmöglichkeit von der normalen, dem TV immanenten Friedenspflicht untersucht. Häufig wird aber von den Parteien bei TV-Abschluß die zeitliche Verlängerung der Friedenspflicht über den Tarifablauf hinaus - etwa in Form eines Schlichtungsabkommens - vereinbart. Damit diese Schlichtungsvereinbarung nicht einem sich an den Fortfall des TV anschließenden Arbeitskampf entgegenstehen kann [1], muß auch ihre Beseitigung von der streikwilligen Partei erstrebt werden.

a. Schlichtungsvereinbarung als Inhalt des TV
Eine Schlichtungsvereinbarung kann zum Inhalt des TV gehören. Das war in der Weimarer Zeit der Regelfall [2], heute geschieht das nur noch selten.
Man könnte nun meinen, daß der Fortfall des TV auch den Untergang einer in diesem TV enthaltenen Schlichtungsvereinbarung bewirke. Das muß sicherlich für den Fall des rückwirkenden Wegfalls des TV (also im Falle des § 123 BGB oder der Nichtigkeit des TV) [3] gelten, denn hier wird der gesamte Vertrag so ausgelöscht, als habe er nie bestanden.
Nicht so selbstverständlich ist das bei einer Kündigung des TV. Hier wird der Vertrag nicht ausgelöscht, er tritt lediglich für die Zukunft außer Kraft: gerade bei Ablauf des TV soll aber mittels des Schlichtungsabkommens die Friedenspflicht weiter gelten. Gedacht ist dabei jedoch an einen normalen zeitlichen Ablauf des Vertrages. Die Parteien rechnen bei Abschluß des TV i.d.R. nicht mit seiner vorzeitigen Beendigung durch eine Kündigung, vielmehr soll nach ihrem Willen der Vertrag abgewickelt werden und im Anschluß daran ein Schlichtungsverfahren

---

1 s. Nikisch, S. 337; Söllner, S. 83

2 vgl. Kaskel, 3. Auflage, S. 16

3 vgl. o. S. 31, 32

erfolgen. Wird der TV nun vorzeitig aufgehoben, kann je nach dem Anlaß der Vertragsauflösung auch die Schlichtungsvereinbarung von der Kündigung erfaßt werden. Die Schlichtungsabrede ist nämlich nicht selbständig und unabhängig von dem beendeten TV getroffen worden, sie gilt vielmehr nur für Streitigkeiten nach Ablauf dieses TV. Man wird daher differenzieren müssen: ist die Kündigung auf nachträglich erkannte, schon bei Vertragsschluß vorliegende Umstände zurückzuführen, so betrifft sie auch die Schlichtungsvereinbarung, da in diesem Falle durch die Vertragslösung der vor Eingehung des Vertrages bestehende Zustand - ohne Friedenspflicht - erreicht werden soll; ebenso entfällt die Schlichtungsabrede bei einer durch ein vertragswidriges Verhalten der Arbeitgeberseite veranlaßten Kündigung des TV, da hier der Gewerkschaft ein weiteres Festhalten an der - auch zeitlich verlängerten - Friedenspflicht nicht zumutbar ist. Soll trotzdem auch in diesen Fällen die zeitliche Verlängerung der Friedenspflicht weiter gelten, also praktisch ein Teil des Vertrages aufrechterhalten werden, muß von den Parteien bei Abschluß des TV eine diesbezügliche ausdrückliche Vereinbarung erwartet werden. Ohne eine solche Einigung wird mit der Kündigung der gesamte TV, also einschließlich der Schlichtungsvereinbarung, zu Fall gebracht. Dagegen läßt eine anläßlich einer Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse erfolgte Kündigung des Vertrages die Schlichtungsabrede unberührt: hier liegt die vorzeitige Beendigung des TV außerhalb der Sphäre beider Parteien und es erscheint unter Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens der Parteien gerechtfertigt, vor einem möglichen Arbeitskampf den sozialen Gegenspielern Gelegenheit zu geben, sich der veränderten Wirtschaftslage durch eine im Wege der Schlichtung zu erreichende vertragliche Regelung anzupassen.

b. Gesondertes Schlichtungsabkommen

In neuerer Zeit ist es üblich geworden, besondere Schlichtungsabkommen, unabhängig von den einzelnen TV, zu treffen. [1]

---

1 vgl. die Muster- Schlichtungsvereinbarung v. 7.9.54, die die DGB und BDA ihren Mitgliedern zur Übernahme empfohlen haben (RdA 54, 383); ebenso die Schlichtungsvereinbarungen in der Metallindustrie v. 12.5.64 (RdA 64, 216 ff) und v. 10.4.68 (RdA 68, 256 ff)

Teilweise werden die aus dieser besonderen Schlichtungsvereinbarung resultierenden Pflichten nicht als Rechtspflichten, sondern nur als unvollkommene Verbindlichkeiten angesehen, da diese Vereinbarungen keine "Gesamtarbeitsverträge" i.S.d. Art. 6 Nr. 4 der Europäischen Sozialcharta seien [1]. Dagegen ist zu sagen, daß Art. 6 Nr. 1 u. 2 dieser Charta gerade in der friedlichen Regelung der Arbeitsbedingungen einen wesentlichen Vertragszweck sehen. Dann entspricht es auch dem Sinn der Sozialcharta, daß die Streikfreiheit auch durch Schlichtungsabkommen verbindlich beschränkt werden kann [2].
Da diese Schlichtungsabkommen unabhängig von den einzelnen TV sind, hat der Fortfall des TV, sei es rückwirkend oder ex-nunc, keinen unmittelbaren Einfluß auf den Bestand dieser Abkommen. Es muß daher grundsätzlich vor Abschluß eines neuen TV die Schlichtungsvereinbarung beachtet werden. Die Möglichkeit eines sofortigen - nicht tarifwidrigen - Streiks eröffnet sich nur bei einer Beseitigung dieser Schlichtungsvereinbarung selbst. Dabei kann der den Fortfall des TV auslösende Grund nicht gleichzeitig ein Lösungsgrund für die Schlichtungsvereinbarung sein, eben weil die Schlichtungsabkommen alle Regelungsstreitigkeiten unabhängig von den TV erfassen.
Im Gegensatz zu dem einem TV immanenten Schlichtungsabkommen, das gerade auf diesen TV bezogen ist, wollen die Parteien bei dem gesonderten Schlichtungsabkommen generell vor Abschluß eines neuen TV das Schlichtungsverfahren durchführen, gleichgültig, ob der alte TV vorzeitig beendet wurde. Es sollen im Interesse beider Parteien nach Möglichkeit Arbeitskämpfe vermieden werden. Das muß jedenfalls dann gelten, wenn der Kündigungsgrund ohne das Verschulden einer Partei gegeben ist. Anders entscheiden müssen wird man aber bei einer durch ein Parteiverschulden ausgelösten Beseitigung des TV, etwa bei arglistiger Täuschung oder schuldhafter Vertragsverletzung. Ein die vorzeitige Beendigung des TV herbeiführendes Verschulden haben die Parteien bei Abschluß eines von dem TV unabhängigen

---

1 so Ramm, AuR 67, 97 ff.

2 Söllner, S. 103

Schlichtungsabkommens entweder nicht einkalkuliert oder zumindest nicht als ein das Schlichtungsverfahren auslösendes Moment betrachtet. Hier hat die getäuschte Partei das Vertrauen in die Redlichkeit und Vertragstreue der Gegenpartei verloren. Ein besonderes Schlichtungsverfahren vor Abschluß eines neuen TV erscheint nicht sehr sinnvoll. Es muß der getäuschten Partei vielmehr die Möglichkeit eines sofortigen Arbeitskampfes gegeben werden, um die Gegenseite mit Nachdruck auf die eigene Zielsetzung aufmerksam machen zu können. Man wird ihr in diesem Falle das Recht zusprechen müssen, durch Anfechtung bzw. Rücktritt die Schlichtungsvereinbarung zu beseitigen.

c. Ergebnis

Zusammenfassend läßt sich zum Fortfall einer zeitlich verlängerten Friedenspflicht sagen: ist die Schlichtungsvereinbarung Inhalt des TV geworden und wird dieser TV rückwirkend beseitigt, bzw. wegen Irrtums oder Vertragsverletzung gekündigt, kann ein sofortiger Streik im Hinblick auf diese Vereinbarung nicht tarifwidrig sein. Ist die Kündigung auf eine veränderte Wirtschaftslage zurückzuführen, bedarf es vor Einleitung von Kampfmaßnahmen eines vorherigen Schlichtungsversuches.
Stellt das Schlichtungsabkommen einen besonderen Vertrag dar, muß man unterscheiden: nach einer Kündigung des TV aus wichtigem Grund ohne Verschulden einer Partei muß vor Beginn des Streiks zunächst ein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden. Wird der Vertrag durch das Verschulden einer Partei - egal ob rückwirkend oder ex nunc - aufgelöst, kann sofort mit einem Streik begonnen werden, ohne daß dieser tarifwidrig ist.

## V. Betriebsnahe Tarifpolitik

Die bislang aufgezeigten Möglichkeiten der Einengung der Friedenspflicht vermögen zwar den TV zu einem sinnvolleren Instrument der Arbeitsordnung und des Arbeitsfriedens zu machen als bislang, sie können aber nicht verhindern, daß die gesamten - in der Ertragsstruktur sehr unterschiedlichen - unter einen TV fallenden Unternehmen undifferenziert vom Vertragsinhalt erfaßt werden, wobei die jeweiligen Besonderheiten der einzelnen Betriebe unbe-

rücksichtigt bleiben müssen.
Die bislang üblichen Regional- und Branchentarifverträge, die seitens der Gewerkschaft früher aus Sorge vor sogenannter Schmutzkonkurrenz außerhalb des Tarifgebietes befindlicher Arbeitgeber und zwecks Verschaffung einer besseren Ausgangsposition für Arbeitskämpfe wegen der Großräumigkeit dieser TV geschlossen worden sind [1], richten sich in der Regel bei der Bestimmung der Lohnhöhe und der sonstigen Arbeitsbedingungen an der Kostenbelastung schwacher Unternehmen, sogenannter Grenzbetriebe, aus [2]. Als Folge davon ergibt sich bei den wirtschaftlich stärkeren Betrieben ein weiter Spielraum zu freiwilligem zusätzlichen Leistungen, was vor allem zu einer großen Divergenz zwischen Tarif- und Effektivlöhnen - nach Angaben der IG-Chemie sogar bis über 50 % - führt.
Diese Entwicklung, die in den Augen vieler Arbeitnehmer als vorteilhaft erscheint, birgt erhebliche Gefahren für die Arbeitnehmerseite in sich.
Einmal führt sie zu einer Aushöhlung des TV-Systems und damit auch zu einer Schwächung des Ansehens und der Stellung der Gewerkschaften. Denn viele Arbeitnehmer sehen eine Solidarisierung in den Gewerkschaften nicht mehr als erforderlich an, wenn die tatsächlich gewährten Löhne das Tarifniveau weit übersteigen. Zu Recht fragt Brenner [3], ob dann, wenn allgemein bekannt ist, daß man für Tariflöhne nicht zu arbeiten braucht, und einzelne Betriebe die tarifliche Regelung praktisch negieren, noch die Ordnung besteht, die durch die Friedenspflicht zu sichern ist. Es ist verständlich, daß bei den zum Teil sehr großen Differenzen zwischen Effektiv- und Tariflöhnen die Lohnbewegung nicht als Ergebnis gewerkschaftlicher Anstrengungen, sondern als ein Zugeständnis und eine Großzügigkeit der Unternehmer - möglicherweise unter dem Druck der Betriebsräte - angesehen wird.

---

1 vgl. Decker, Betrieblicher oder überbetrieblicher TV, S. 30 ff, Heß, Zulässigkeit, Inhalt und Erstreckbarkeit betriebsnaher TV

2 Decker, a.a.O. S. 177; Salm, Der Gewerkschaftler, 58, 2; Radke, Der Gewerkschafter, 64, 58

3 zitiert bei Eichler, Junge Wirtschaft, 60, 546

Man kann es den Arbeitnehmern nicht einmal verdenken, daß sie im Hinblick auf die momentane Fülle ihres Geldbeutels die Notwendigkeit einer tariflichen Sicherung der Löhne nicht erkennen. Sie übersehen dabei den fehlenden oder nur unvollkommenen Bestandsschutz der ihnen gewährten freiwilligen Zusatzleistungen [1]. Denn im Gegensatz zu den tariflich vereinbarten Löhnen, denen gemäß § 4 I TVG eine Unabdingbarkeit zukommt, sind übertarifliche Lohnbestandteile weitgehend ungesichert und unterliegen in der Regel dem einseitigen und willkürlichen Abbau seitens des Arbeitgebers [2]. Den sogenannten Effektivgarantieklauseln, wonach eine tarifliche Lohnerhöhung zu den Effektivlöhnen in der Weise hinzutreten soll, daß der Gesamtbetrag als Tariflohn gilt, ist nämlich von der h.M.[3] und der Rspr. des BAG [4] die rechtliche Wirksamkeit versagt worden. Es ist daher im Interesse der Arbeitnehmerschaft unbedingt erforderlich, daß die Gewerkschaften die Organisationsmüdigkeit der Arbeitnehmer durch eine Aktivierung der Lohnpolitik überwinden.
Hier bietet sich der gegenüber der Aufstellung von Effektivklauseln umgekehrte Weg an, nämlich die Hineinnahme von Anrechnungsklauseln in den TV, d.h. eine Verrechnung der Tariflohnerhöhung mit den übertariflichen Verdiensten [5]. Dabei dürfen aber nicht anderslautende Vereinbarungen in den Arbeitsverträgen

---

1 s. über die Arten dieser Leistungen: Salm, a.a.O.

2 vgl. dazu das Jahresgutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung 1967, Ziff. 99, wonach der Rückgang der Arbeitnehmereinkommen u.a. aus der Kürzung der übertariflichen Löhne gefolgert wurde.

3 Hueck-Nipperdey, S. 602 ff; Nikisch, S. 254 ff.

4 BAG, AP Nr. 2 zu § 4 TVG Effektivklausel

5 so für Hessen § 2 Ziff. 1 a des am 20.5.1970 abgeschlossenen TV zwischen den Arbeitgeberverbänden der chemischen Industrie und der Ig-Chemie, Papier und Keramik

übergangen werden. Ist nämlich im Arbeitsvertrag für den Fall einer Tariflohnerhöhung die Weitergewährung der zusätzlichen Leistungen vorgesehen, so kann die Verrechnungsklausel wegen des in § 4 III TVG verbürgten Günstigkeitsprinzips nicht zur Wirkung kommen [1]. Enthält der Arbeitsvertrag keine Regelung über diese Frage, so ist zwar die Möglichkeit einer Anrechnung auf die Effektivlöhne durch eine Anordnung im TV umstritten [2], doch selbst wenn man die Anordnung einer solchen Aufstockung zuläßt, können die TV-Parteien nicht verhindern, daß der Arbeitsgeber freiwillig die Zusatzleistungen weitergewährt. Außerdem kann auch mit Hilfe der Verrechnungsklauseln nicht das alte Übel einer mangelnden Berücksichtigung der unterschiedlichen Leistungsstärke der von einem großräumigen TV erfaßten Betriebe beseitigt werden.

Dieser durch den Abschluß von Regionaltarifverträgen entstehende Nachteil kann auch nicht durch eine Aufgliederung des räumlichen und betrieblichen Geltungsbereichs eines TV aufgehoben werden [3]; denn dadurch läßt sich höchstens eine durch die örtliche Lage oder Struktur bedingte unterschiedliche Leistungskraft der Unternehmen erfassen, nicht aber die - wie es in der Regel der Fall ist - in der Arbeitsweise und Kapitalkraft liegende Ertragsdifferenz zwischen den Betrieben [4].

Da demnach eine tariflich abgesicherte erhebliche Verbesserung der Arbeitsbedingungen durch die bislang abgeschlossenen Regional- bzw. Branchentarifverträge wegen deren Ausrichtung an den schwächeren Betrieben nicht möglich ist, muß es das Bestreben der Gewerkschaft sein, firmenbezogene Verbandstarifverträge oder Firmentarifverträge mit Großunternehmen abzuschließen, die den Besonderheiten der einzelnen Betriebe mehr Rechnung tragen können. In diese Richtung geht auch der von mehreren Gewerkschaften erhobene Ruf nach betriebsnaher Tarifpolitik [5].

---

1 BAG, AP Nr. 5 u. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel; Stahlhacke, RdA 62, 228

2 vgl. dazu Hueck-Nipperdey, S. 599

3 so aber Deckers, a.a.O. S. 193, 197; Mayer-Maly, DB 65, 33

4 vgl. Buchner, DB 70, 2025 (2027)

5 so schon 1958 die IG-Metall auf ihrem Gewerkschaftstag in Nürnberg; neuerdings IG-Chemie, vgl. Gewerkschaftspost IG-Chemie, Papier und Keramik 1970, Nr. 3, 4, 5, jeweils S. 1; vgl. auch Richardi, JurA 71, 141 f.

Der Abschluß der auf Einzelunternehmen bezogenen TV und der Arbeitskampf um einen solchen Abschluß sind rechtlich jedoch nicht unproblematisch. So ist es aus verschiedenen Gesichtspunkten fraglich, ob Firmentarifverträge bzw. unternehmensbezogene Verbandstarifverträge überhaupt zugelassen werden dürfen. Auch begegnet ein Streik um den Abschluß solcher TV wegen einer möglichen gleichzeitigen Verbandszugehörigkeit des betreffenden Arbeitgebers oder eines parallel laufenden Regionaltarifvertrages rechtlichen Bedenken.

1. Der Streik gegen einen verbandsangehörigen Arbeitgeber um den Abschluß eines Firmentarifvertrages

Der Firmentarifvertrag ist grundsätzlich als eine der möglichen TV-Arten anerkannt. Im Gegensatz zu dem einzelnen Arbeitnehmer ist jeder Arbeitgeber tariffähig (§ 2 I TVG) und demzufolge imstande, mit der Gewerkschaft einen auf sein Unternehmen bezogenen TV abzuschließen. Seine Tariffähigkeit geht nicht etwa durch eine in der Regel bestehende Zugehörigkeit zum Arbeitgeberverband verloren [1], denn der Verbandseintritt soll lediglich das dem einzelnen Arbeitgeber gegenüber bestehende erkennbare Übergewicht der Gewerkschaft ausgleichen, nicht aber die Rechtsstellung des Arbeitgebers beschneiden.

Die meisten Arbeitgeberverbände untersagen jedoch ihren Mitgliedern durch Satzung oder Verbandsbeschluß den Abschluß von Firmentarifverträgen. Überwiegend wird ein solches satzungsmäßiges Verbot für zulässig erklärt [2], wobei allerdings streitig ist, ob die Firmentarifverträge nur hinsichtlich der bereits im Verbandstarifvertrag geregelten Fragen untersagt [3] oder generell verboten werden können [4].

Ob dieser h.M. zugestimmt werden kann, erscheint angesichts des Grundsatzes, daß verbandsinternes Recht mit zwingenden Bestimmungen des Tarifrechts übereinstimmen muß[5], wozu wohl auch die Tarif-

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 424; Söllner, S. 117; Gaul, RdA 66, 175; Gumpert, BB 58, 1316, 1317; Nikisch, S. 241; Richardi, JurA 71, 153;

2 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 423 ff, Sitzler, AR - Blattei D, TV VIII A I 4; a.A. Hensche, RdA 71, 17

3 so Säcker, AR-Blattei TV II A I 2 c, aa; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 2 TVG, A. 8

4 so z.B. Buchner, a.a.O. S. 2029; Nikisch, S. 242

5 s. Hueck-Nipperdey, S. 574 ff mwN

fähigkeit des einzelnen Arbeitgebers und das Institut des Firmentarifvertrages gehören, als sehr zweifelhaft [1].
Jedenfalls besteht Einigkeit darüber, daß auch ein entgegen den verbandsrechtlichen Pflichten, die nur verbandsinterne Bedeutung haben, zustande gekommener Firmentarifvertrag wirksam ist [2]. Insoweit können also Verbandszugehörigkeit und entgegenstehende Verbandssatzungen den wirksamen Abschluß eines Firmentarifvertrages zwischen dem einzelnen Arbeitgeber und der Gewerkschaft nicht verhindern.
Die in § 2 TVG dem einzelnen Arbeitgeber gewährte Tariffähigkeit besagt aber nur, daß der Arbeitgeber einen Firmentarifvertrag abschließen darf, nicht ist damit gesagt, daß er einen solchen TV auch abschließen muß, wenn er etwa lieber nur an einen Verbandstarifvertrag angeschlossen sein möchte. Es ist aber für die Gewerkschaft gerade die entscheidende Frage, ob sie den einem Arbeitgeberverband angehörenden einzelnen Arbeitgeber unter dem Druck eines Arbeitskampfes zum Abschluß eines Firmentarifvertrages zwingen darf. Diese Frage wirft eine Reihe von rechtlichen Problemen auf, die im folgenden erörtert werden sollen.

a. Soziale Autonomie

Da Verbandssatzungen - wie oben festgestellt - Außenstehende nicht berühren können, brauchen die internen Regelungen des Kampfgegners von den Streikenden grundsätzlich nicht beachtet werden, sonst könnte schließlich jedem Streik die Rechtmäßigkeit genommen werden.
Es darf aber nicht unberücksichtigt bleiben, daß die körperschaftliche Mitgliedspflicht eine der wichtigsten Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit der Verbände als Träger der sozialen Autonomie ist [3]. Man könnte an eine Gefährdung der

---

1 vgl. Hensche, RdA 71, 9 (17)

2 Hueck-Nipperdey, S. 423 ff; Brox-Rüthers, S. 137; Gaul, a.a.O. 176; Richardi, AR-Blattei C I und JurA 71, 150; ebenso BAG, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

3 vgl. Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, § 3 TVG, A. 24

sozialen Autonomie denken, wenn die Verbandspflichten auf dem Umweg über den Streik praktisch wirkungslos gemacht würden. Aber die Verbandsdisziplin darf nicht zu einer Monopolstellung des Verbandes führen derart, daß andere Träger der sozialen Autonomie in ihrem Recht, als tariffähige Verbände durch den Abschluß von TV an der Gestaltung der sozialen Ordnung mitzuwirken, gehindert und dadurch in ihrer Koalitionsfreiheit eingeschränkt werden. Das würde im Endergebnis auf eine staatliche Tarifordnung hinauslaufen. Die durch das System der sozialen Autonomie bestimmte Ordnung will aber gerade keine Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen, sondern erstrebt vielmehr die Vielfältigkeit ihrer Gestaltung. Die Verbandspflichten des Arbeitgebers gegenüber seinem Verband können somit für die Gewerkschaft keine Sperrwirkung bezüglich des Abschlusses von Firmentarifverträgen bilden.

b. Spezialitätsprinzip

Es besteht auch nicht etwa im Hinblick auf die Verbandszugehörigkeit des Arbeitgebers ein Vorrang des Verbandstarifvertrages in dem Sinne, daß die Gewerkschaft gehalten ist, zuvor den Abschluß eines Verbandstarifvertrages anzustreben [1]. Ein solcher Vorrang wird aber teilweise bejaht mit der allgemeinen Berufung auf die Natur der Normen [2] und dem Hinweis auf den Vorteil der überbetrieblichen TV, der in der Verhinderung eines Sozialgefälles zwischen den Unternehmen des gleichen Wirtschaftszweiges liege [3].

Abgesehen davon, daß diese sozialpolitischen Argumente keinen zwingenden Schluß auf den Vorrang des Verbandstarifvertrages zulassen, ist bereits ausführlich der angebliche Vorteil der Regionaltarifverträge in Abrede gestellt worden. Nach dem Sinn

---

1 vgl. BAG, AP Nr. 2 zu Art. 9 Arbeitskampf, Gumpert, BB 58, 1316 ff.

2 Eichler, a.a.O. S. 40

3 Hemsath, zitiert bei Werner Weber, BB 64, 764; im Ergebnis auch noch LAG Hamm, BB 53, 115 mit einer analogen Anwendung des Grundsatzes "Bundesrecht bricht Landesrecht"

und Zweck der Aufgabe des Art. 9 III und der Tarifautonomie sind Verbands- und Firmentarifverträge rechtlich als gleichwertig anzusehen. Im Falle einer Tarifkonkurrenz zwischen Verbands- und Firmentarifvertrag gebührt sogar in analoger Anwendung der für die Gesetzeskonkurrenz entwickelten Grundsätze auf Grund der Spezialität dem Firmentarifvertrag in der Regel der Vorrang [1].

c. Koalitionsfreiheit (Art. 9 III GG)

Rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit eines Streiks um den Abschluß von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Arbeitgebern ergeben sich aber daraus, daß diese Arbeitgeber durch die Kampfhandlung der Gewerkschaft in ihrer durch Art. 9 III GG geschützten Koalitionsfreiheit beschränkt sein könnten. Denn immerhin könnte in dem kampfweisen Vorgehen der Gewerkschaft der Versuch gesehen werden, die einzelnen Arbeitgeber von ihrem Verband zu isolieren und sie damit ihres Koalitionsschutzes zu berauben.

Vorweg sei klargestellt, daß sich diese Problematik nur bei TV-Abschlüssen mit Arbeitgebern solcher Verbände ergibt, die gewillt sind, die Interessenvertretung ihrer Mitglieder auch in spezifisch koalitionsmäßiger Weise - nämlich durch Abschlüsse von TV - wahrzunehmen. Tarifunwillige Verbände [2] können selbstverständlich den ihnen angehörigen Arbeitgebern keinen Koalitionsschutz in der hier angesprochenen Richtung gewähren [3].

Es besteht Einigkeit darüber, daß der Grundrechtsschutz aus

---

1 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 649; Gramm, AR-Blattei D TV VII Tarifkonkurrenz; Nikisch, S. 485; Heß, S. 64

2 Nipperdey sieht solche Verbände gar nicht als Koalitionen i.S.d. Art. 9 III an, vgl. Hueck-Nipperdey, S. 433, 434

3 Wann ein Verband als tarifunwillig angesehen wird vgl. einerseits Buchner a.a.O., S. 2078, andererseits Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, S. 154 ff.

Art. 9 III auch Arbeitgeberverände umschließt [1]. Art. 9 III bildet auch eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß sich die Grundrechte grundsätzlich nur gegen den Staat richten und einer anderen Ebene des Rechts als das Privatrecht angehören. Denn wie sich aus Art. 9 III S. 2 ergibt, hat dieses Grundrecht auch im Privatrechtsverkehr unmittelbare Geltung [2].

(1) Individuelle Koalitionsfreiheit

Verletzt sein könnte zum einen die individuelle Koalitionsfreiheit [3], d.h. das Recht des einzelnen Arbeitgebers, einem Arbeitgeberverband beizutreten oder in ihm zu verbleiben [4]. Es müßte dann der Abschluß eines Firmentarifvertrages eine der unter Art. 9 III S. 2 fallenden Abreden darstellen. Der Inhalt dieser Abreden besteht in objektiver Hinsicht aus einer Beschränkung bzw. Behinderung des Koalitionsrechtes, die von einem entsprechenden subjektiven Willen getragen wird. Verträge mit Einzelbetrieben können allenfalls als Nebenwirkung das Interesse der betroffenen Unternehmer an ihrer Verbandszugehörigkeit mindern, sie schränken aber nicht unmittelbar deren Koalitionsfreiheit ein derart, daß sie einen besonderen Anreiz zum Fernbleiben oder Austritt schaffen. Die Arbeitgeber werden in keinerlei Weise gehindert, dem Verband beizutreten oder in ihm zu verbleiben. Sieht man allerdings durch die individuelle Koalitionsfreiheit auch als gewährleistet an, daß der einzelne Arbeitgeber von der koalitionsmäßigen Tätigkeit des Verbandes erfaßt wird [5], kann das Erstreben eines Firmentarifvertrages äußerlich eine von Art. 9 III S. 2 untersagte Maßnahme darstellen. Da aber der Beitritt eines Arbeitgebers zu einer Koalition nicht zu einer „sozialen Entmündigung" führt [6] und

---

1 BVerfG, AP Nr. 15 zu § 2 TVG; BAG, AP Nr. 5 zu Art. 9 GG; Hueck-Nipperdey, S. 81; Nikisch, S. 2

2 v. Münch, Bonner Kom. Art. 9 A. 115; Nikisch, S. 33 ff.

3 vgl. dazu v. Münch, a.a.O. A. 137

4 so Boldt, RdA 71, 260, 261; Heß, S. 122 f.; offensichtlich auch Dietz, 2. Festschrift für Nipperdey Bd. II S. 152, Fn 17

5 Buchner, a.a.O.; S. 2077; Richardi, JurA 71, 157, Heß, S. 122

6 Richardi, a.a.O., S. 157; Heß, S. 122

an seiner Tariffähigkeit gemäß § 2 TVG nichts ändert, kann nicht jeder auf ihn ausgeübte Druck bereits eine Verletzung der Koalitionsfreiheit beinhalten. Dazu ist vielmehr erforderlich, daß die Kampfmaßnahme gerade den Zweck verfolgt, ihn des materiellen Schutzes seiner Koalition zu berauben [1]. Das wird i.d.R. nicht der Fall sein: der Ruf nach betriebsnaher Tarifpolitik seitens der Gewerkschaften ist nicht dadurch motiviert, die einzelnen Arbeitgeber aus der Verbandsgemeinschaft herauszulösen [2] oder sie in einen Arbeitskampf ohne Unterstützung ihrer Koalition zu ziehen, sondern eine der Ertragsstärke der verschiedenen Unternehmen angemessenere Tarifpolitik mit der Folge des Abbaus der zu großen Divergenz zwischen Tarif- und Effektivlöhnen betreiben zu können [3]. Die Zwecksetzung der betriebsnahen Tarifpolitik geht daher nicht dahin, die individuelle Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber zu beeinträchtigen.

(2) Kollektive Koalitionsfreiheit

Neben der individuellen wird auch die kollektive Koalitionsfreiheit von Art. 9 III GG erfaßt. Sie schützt die Koalition selbst in ihrer Eigenschaft als Vereinigung und sichert ihr vor allem einen Kernbereich an Betätigungsfreiheit zu [4]. Von einigen Autoren [5] wird nun der Vorwurf erhoben, die Arbeitgeber würden beim Abschluß eines auf ihr Unternehmen bezogenen TV um die Wirkung der Koalitionstätigkeit gebracht. Allein die Möglichkeit des Eintritts bzw. Verbleibens im Verband nütze dem Arbeitgeber nicht viel, wenn er nicht gleichzeitig von der Betätigung des Verbandes im spezifisch koalitionsmäßigen Aufgabenbereich profitieren könnte. Könnten die Gewerkschaften die einzelnen Arbeitgeber beliebig auf TV-

---

1 Hensche, a.a.O., S. 11; Richardi, JurA 71, 157 und AR-Blattei, E III 3; Heß, S. 122

2 so aber der Vorwurf der Arbeitgeberverbände in einem Schreiben an die IG Chemie vom 2.4.70

3 vgl. oben S. 51

4 BVerfGE 19, 312; BAG, NJW 67, 844; v. Münch, a.a.O. A. 141,147

5 Buchner, a.a.O. S. 2076 ff.; Hanau, Der Arbeitgeber 70, 404 (406)

Abschlüsse in Anspruch nehmen, so würden die Arbeitgeberverbände lediglich zusätzliche Vertragspartner für die Gewerkschaften darstellen [1] und könnten nicht ihrer verfassungsmäßigen Aufgabe, die Interessen ihrer Mitglieder durch TV-Abschlüsse wahrzunehmen, nachkommen [2]. Es wird auch ein Vergleich zu einer Entscheidung des BAG [3] gezogen, wonach die erzwungene Anerkennung fremder Tarifbestimmungen die Koalitionsfreiheit eines Arbeitnehmers aushöhlt, auch wenn die Mitgliedschaft in seinem Verband nicht in Frage gestellt wird. Nach Buchner [4] ist der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt gleichbedeutend mit dem hier vorliegenden Fall, in dem die eigene Koalition keine auf sein Mitglied anwendbare Tarifvereinbarung gesetzt hat. Schließlich spreche auch nicht die gem. § 2 TVG dem einzelnen Arbeitgeber eingeräumte Tariffähigkeit gegen diese Ansicht. Ein einfaches Gesetz könne nicht dem Arbeitgeber die ihm nach Art. 9 III zustehende kollektive Interessenwahrnehmung versperren [5].
Der letzte Einwand ist sicherlich berechtigt. Ein einfaches Gesetz (§ 2 TVG) vermag nicht den Inhalt der Grundrechtsnorm des Art. 9 III zu bestimmen, vielmehr muß § 2 TVG verfassungskonform unter Berücksichtigung des Grundrechts des Art. 9 III ausgelegt werden. Würde also das Arbeitgeberkoalitionsrecht aus Art. 9 III auch vor Werkstarifverträgen schützen, könnte ein dem Arbeitgeberverband angehörender Unternehmer trotz seiner Tariffähigkeit nach § 2 TVG nicht zu einem Firmentarifvertrag gezwungen werden. Die entscheidende Frage ist demnach, wieweit der Koalitionsschutz auf der Arbeitgeberseite reicht.

---

1 Arndt (Festgabe für O. Kunze S. 267) sieht den Sinn der Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber nur in einer Erleichterung der Wirksamkeit der Arbeitnehmerkoalition

2 So Buchner, a.a.O. S. 2078; Boldt, RdA 71, 262; Heß, S. 63, 64, 128 f.

3 in AP Nr. 33 zu § 1 KüSchG

4 Buchner, a.a.O. S. 2077

5 So Hanau, a.a.O. S. 406; Buchner, a.a.O. S. 2078

Überwiegend [1] werden die Arbeitgeberverbände im Rahmen des Art. 9 III GG den Gewerkschaften gleichgestellt.
Teilweise wird aber auch die Schutzfunktion des Art. 9 III GG gegenüber den Arbeitgeberverbänden eingeengt oder gar geleugnet. So spricht Ramm [2] der Arbeitgeberkoalition jegliche Schutzfunktion ab, da ihre Zweckbestimmung allein die Egalisierung der Arbeitsbedingungen sei, um diese aus dem Wettbewerb zwischen den Unternehmen herauszuhalten. Diese Kartellfunktion kann aber höchstens eine zweitrangige sein, da angesichts des Günstigkeitsprinzips (§ 4 III TVG) [3] Höchstarbeitsbedingungen sowieso nicht mit den Gewerkschaften tariflich vereinbart werden können, im Gegenteil zeigt die Effektivlohnentwicklung gerade die Bedeutungslosigkeit dieser Funktionen.
Lauschke [4] sieht die Aufgabe der Arbeitgeberverbände auf die Koordinierung der Tarifpolitik und die Schaffung der Solidarität unter den Arbeitgebern beschränkt an. Diese Auffassung enthält einen brauchbaren Ansatzpunkt, bedarf aber der näheren Ausführung. Dabei muß man sich vor Augen halten, daß der einzelne Arbeitgeber in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht eine wesentlich günstigere Ausgangsposition als ein Arbeitnehmer hat. Er bringt als Inhaber der Produktionsmittel durch die Regelung des Arbeitsverhältnisses und die Bestimmung des Ablaufs und der Organisation der Arbeit den Arbeitnehmer, der allein seine Arbeitskraft zu verkaufen vermag, in ein individuelles Abhängigkeitsverhältnis. Der einzelne Arbeitnehmer steht dem ihn beherrschenden Produktionsapparat ohnmächtig gegenüber und hat keinerlei Möglichkeiten, aus eigener Kraft auf die Arbeitsbedingungen einzuwirken oder sie gar mitzubestimmen. Ihm bleibt nur die Zusammenarbeit mit anderen Arbeitnehmern, um sich in solidarischer Aktion - auch durch Streik - dem einseitigen Diktat des Arbeitgebers zu entziehen. Dieser den Gewerkschaften innewohnende soziale Schutzzweck fehlt auf der

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 81 ff. u. 125 ff.; Söllner, S. 53 ff.; Mayer-Maly, RdA 68, 432, 434

2 Ramm, RdA 68, 417

3 vgl. dazu Wlotzke, Das Günstigkeitsprinzip (1957)

4 Lauschke, AuR 65, 107

Arbeitgeberseite. Erst durch die Solidarisierung der Arbeitnehmer hat sich für die Arbeitgeber zwecks Gleichgewichts der Kräfte die Notwendigkeit ergeben, auch eigene Verbände zu bilden: diese sind also nur als Reaktion auf die Entstehung von Gewerkschaften zu verstehen [1]. Damit ergibt sich aber konsequenterweise als Funktion der Arbeitgeberverbände allein die Unterstützung schwächerer Unternehmen, die aus eigener Kraft einer möglicherweise mächtigen Gewerkschaft nicht gewachsen sind [2].

Gerade die schwächeren Betriebe, durch die die Diskrepanz zwischen den tariflich abgesicherten Löhnen und den Effektivverdiensten verursacht wird, sind aber in der Regel als Parteien eines Firmentarifvertrages für die Gewerkschaften uninteressant. Es wird bei den Abschlüssen von Werkstarifverträgen im Hinblick auf das Stärkeverhältnis der Vertragsparteien kaum zu einem erheblichen Mißverhältnis kommen, da die Firmentarifwürdigkeit nur bei gesunden Großunternehmen gegeben sein wird. Aber selbst wenn es im Rahmen der betriebsnahmen Tarifpolitik zu einer beherrschenden Rolle der Gewerkschaft gegenüber einem Einzelbetrieb kommen sollte, kann nicht davon gesprochen werden, daß dieser Betrieb der Wirkung der Koalitionstätigkeit beraubt wird.

Man muß - worauf Hensche [3] zu Recht hinweist - zwischen Tarifverhandlungen einerseits und deren Ergebnis, dem Tarifvertrag, andererseits unterscheiden. Der einmal zustandegekommene Vertrag selbst kann die koalitionsrechtliche Stellung der Arbeitgeber nicht schmälern, denn Firmen- und Verbandstarifverträge äußern rechtlich die gleiche Wirkung. Entscheidend ist vielmehr die Stärkung der Verhandlungsposition der einzelnen Unternehmer durch den Arbeitgeberverband. Bei den Vertragsverhandlungen kann sich der Arbeitgeber von seinem Verband vertreten lassen oder wenn er selbst mit der Gewerkschaft verhandelt, zumindest

---

1 so auch Hensche, a.a.O. S. 12

2 vgl. auch Hensche, a.a.O.; Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 30

3 Hensche, a.a.O. S. 13, Fn. 29 b

beraten und unterstützen lassen. Im Falle eines Streiks, den der Arbeitgeber mit einer Abwehraussperrung beantworten kann, kommt ihm jedwede Hilfe des Verbandes zu, etwa durch eine Sympathieaussperrung [1] seitens der anderen Verbandsmitglieder oder in Form von Zuschüssen aus den Kampf- bzw. Unterstützungsfonds [2].

Von der Schutzfunktion des Arbeitgeberkoalitionsrechtes her, die andersartiger Natur ist als die des Koalitionsrechtes der Gewerkschaften, kann demnach im Abschluß eines Firmentarifvertrages - auch wenn er durch einen Arbeitskampf erzwungen wird - keine Einschränkung des Grundrechts aus Art. 9 III gesehen werden.

d. § 74 BetrVG

Weitere Bedenken gegen diese Art von betriebsnaher Tarifpolitik werden im Hinblick auf das BetrVG angemeldet, das Auseinandersetzungen über die Gestaltung der Arbeitsbedingungen auf der Betriebsebene verhindern wolle [3]. Der Vorschrift des § 74 II BetrVG, die sich mit dem Verbot von Arbeitskämpfen nach ihrem Wortlaut nur an die Betriebspartner wendet, wird eine Sperre für jeglichen Streik im betrieblichen Raum entnommen.

Diese Ausdehnung der Vorschrift über ihren Wortlaut hinaus ist unzulässig. Das BetrVG trennt nicht zwischen einem betrieblichen arbeitskampffreien und einem überbetrieblichen Bereich, in dem gestreikt werden darf. Vielmehr geht aus § 77 III BetrVG, wonach der TV zum Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen und damit zur Intensivierung der innerbetrieblichen Auseinandersetzung ermächtigen darf, deutlich der Vorrang der Tarifregelung durch die Gewerkschaften gegenüber der Betriebspolitik hervor.

§ 74 II BetrVG spricht zudem eindeutig aus, daß Arbeitskämpfe "tariffähiger Parteien" - also auf der Arbeitsgeberseite auch

---

1 vgl. dazu Hueck-Nipperdey, S. 1009

2 vgl. z.B. Die Arbeitskampfrichtlinien des Verbandes württ./bad. Metallindustrieller e.V., S. 8

3 so Mayer/Maly DB 65, 32 (33) in Bezug auf den firmenbezogenen Verbandstarifvertrag; Boldt, RdA 71, 267

des einzelnen Arbeitgebers (§ 2 TVG) - durch das Betriebsfriedensgebot nicht berührt werden. Überhaupt erscheint die Gegenmeinung wirklichkeitsfremd, denn jeder Streik spielt sich vornehmlich auf der Betriebsebene ab und richtet sich primär gegen den einzelnen Arbeitgeber [1]. Aus dem Betriebsverfassungsgesetz ergibt sich somit kein Verbot des Streiks um betriebsbezogene TV [2].

e. Gleichbehandlungsgrundsatz

Schließlich ergeben sich auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz keine Zweifel an der Zulässigkeit der Streiks um Werkstarifverträge [3].

Es braucht hier nicht auf den Streit eingegangen zu werden, ob es überhaupt ein Arbeitgebergleichbehandlungsgebot gibt und bejahendenfalls wie weit sich sein Geltungsbereich erstreckt [4]. Es ist nämlich gerade der Sinn des Abschlusses von Firmentarifverträgen, den jeweiligen Besonderheiten der einzelnen Unternehmen Rechnung zu tragen und somit Ungleiches verschieden zu behandeln, so daß auf keinen Fall von einer willkürlichen Mißachtung der Verbandszugehörigkeit der einzelnen Arbeitgeber gesprochen werden kann.[5]

f. Ergebnis

Es bleibt somit die Feststellung, daß allein die Verbandszugehörigkeit eines Arbeitgebers nicht einem gegen ihn gerichteten Streik um den Abschluß eines Firmentarifvertrages die rechtliche Zulässigkeit nehmen kann.

2) Streik um den Abschluß eines Firmentarifvertrages bei laufendem Verbandstarifvertrag

Anders darstellen kann sich die rechtliche Lage, wenn die Gewerkschaft einem Arbeitgeber einen Firmentarifvertrag durch Streik aufzwingen will und dieser Arbeitgeber einem Verband

---

1 vgl. zum Ganzen Hensche, a.a.O. S. 16

2 Hueck-Nipperdey, S. 985; Richardi, AR-Blattei, B II 2, Heß, S. 119, 120 mit Hinweis auf § 74 III BetrVG

3 so aber Mayer-Maly, a.a.O. S. 32

4 vgl. dazu Hensche, a.a.O. S. 17 Fn 70

5 Richardi, AR-Blattei, D II 2, 3

angehört, mit dem die Gewerkschaft bereits einen Verbandstarifvertrag abgeschlossen hat. Der Verbandstarifvertrag statuiert eine Friedenspflicht der Gewerkschaft gegenüber dem Arbeitgeberverband dahingehend, Kampfmaßnahmen gegen verbandsangehörige Arbeitgeber mit dem Ziele eines Abschlusses von Firmentarifverträgen zu unterlassen, die die Regelung des Verbandstarifvertrages berühren und ihn dadurch aushöhlen [1].
Soll daher der angestrebte Firmentarifvertrag den bestehenden Verbandstarifvertrag nur ergänzen, ohne ihn zu tangieren, also nur einen noch vorhandenen tarifleeren Raum ausfüllen, ergeben sich insoweit an der Rechtmäßigkeit des Streiks keine Bedenken. Der Bestand des Verbandstarifvertrages kann dann schon deshalb die Wirksamkeit des Firmentarifvertrages nicht in Frage stellen, weil die beiden TV unterschiedliche Regelungskomplexe enthalten. Eventuelle satzungsmäßige Beschränkungen durch den Arbeitgeberverband betreffen - soweit man ihnen überhaupt eine rechtliche Gültigkeit zuspricht [2] - nur das "Dürfen", nicht aber das "Können" der Verpflichteten, also nicht das Außenverhältnis. Soll dagegen der geplante Werkstarifvertrag in den Regelungsbereich des Verbandstarifvertrages eingreifen, so läßt sich eine Verletzung der aus dem Verbandstarifvertrag fließenden Friedenspflicht nicht leugnen. Denn es soll doch gerade durch den Abschluß des Verbandstarifvertrages die Möglichkeit von Arbeitskämpfen um den Vertragsinhalt zwischen den Tarifparteien und ihren Mitgliedern, die als Drittbegünstigte an der Friedenspflicht teilnahmen [3], ausgeschlossen werden.

a. Eintritt eines Arbeitgebers in den Arbeitgeberverband nach Abschluß des Verbandstarifvertrages

Grundsätzlich sind also die Verbandsmitglieder - was nur auf der Arbeitgeberseite wegen § 2 TVG interessant ist - vor Kampfmaßnahmen der Gegenpartei um tariflich bereits geregelte Fragen geschützt. Umstritten ist aber, ob das auch für solche Unternehmer gilt, die erst nach dem Abschluß des Verbandstarifvertrages dem Arbeitgeberverband beitreten.

---

1 vgl. Gumpert, a.a.O. S. 1319; Gaul, a.a.O. S. 176; Richardi, JurA 71, 152

2 s. oben S. 52, 53

3 vgl. Literaturnachweise o. S. 8

Überwiegend [1] wird eine Bindung des neueintretenden Arbeitgebers an den Verbandstarifvertrag angenommen, so daß ein Streik gegen diesen Arbeitgeber um einen den Regelungskomplex des Verbandstarifvertrages berührenden Firmentarifvertrag ausscheidet. Gegen die h.M. ergeben sich aber insoweit Bedenken, als der Arbeitgeber durch den Verbandseintritt gar nicht unter den Geltungsbereich des TV fallen könnte, weil dieser möglicherweise nur die Verbandsmitglieder zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erfaßt. Dagegen wird geltend gemacht, schon gesetzestechnisch gehe aus §§ 3 und 4 TVG hervor, daß die Tarifgebundenheit nicht an den Geltungsbereich des TV impliziert sei [2]. Die Arbeitgeberverbände seien außerdem in der Regel rechtsfähige Vereine und zum Wesen des Vereins gehören nun einmal ein ständiger Mitgliederwechsel. Daher spreche eine Vermutung dafür, daß der Vertrag auch für und gegen die später Eintretenden wirke. Aufschiebend bedingt hätten die Vertragsparteien daher auch später während der Laufzeit des TV neu hinzutretende Arbeitgeber in den Geltungsbereich des TV einbezogen [3].
Dabei wird aber übersehen, daß aus der mit dem Erwerb der Mitgliedschaft automatisch verbundenen Tarifgebundenheit (§ 3 TVG) nicht eine unmittelbare Tarifwirkung für das dem Verband beitretende Mitglied folgt. Denn Tarifgebundenheit bedeutet nur, daß das einzelne Mitglied unter die Tarifwirkung fallen kann [4]. Dem entspricht auch § 4 I TVG, wonach die Tarifnormen nur für die Tarifgebundenen gelten, die unter den Geltungsbereich des TV fallen. Somit wird der neu eingetretene Arbeitgeber nur von dem Verbandstarifvertrag erfaßt, wenn sich der Geltungsbereich des TV auf sein Unternehmen bezieht. Allein die Regelung eines räumlichen oder branchenbezogenen Geltungsbereichs besagt noch nicht, daß alle in diesem Raum oder dieser Branche befindlichen Unternehmen jetzt oder später darunterfallen. Man denke nur daran, daß in einem bestimmten Tarifgebiet ein TV nur mit

---

1 z.B. Söllner, S. 126; Dietz, 2. Festschrift für Nipperdey, Bd. 2 S. 141 ff; ArbG Köln, DB 64, 1029

2 so Hueck, AR-Blattei D, TV, IV A

3 so Gaul, a.a.O. S. 174; Boldt, a.a.O., S. 266

4 Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, A. 1 zu § 3 TVG; Nikisch, S. 268 ff

kleinen Betrieben geschlossen wird, und erst bei der Vertragsabwicklung das größte Unternehmen in diesem Gebiet - etwa auf Wolfsburg bezogen das VW-Werk [1] - dem Arbeitgeberverband beitritt. Hier erstreckt sich der Geltungsbereich des TV nach dem Willen der Vertragsparteien offensichtlich nicht auf das VW-Werk. Liegt bei Vertragsabschluß keine Erklärung der Parteien über den persönlichen Geltungsbereich des TV vor, kann nur eine Auslegung weiterhelfen. Dabei muß mangels eines besonderen Anhaltspunktes in der Regel von der Zusammensetzung der abschließenden Tarifvertragsparteien ausgegangen werden, d.h. nur die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Mitglieder sollen unter den tariflichen Geltungsbereich fallen. Andererseits läßt sich eine Besonderheit beim TV insoweit nicht leugnen, als es jedermann befremden würde, wenn ein der Gewerkschaft beitretender Arbeitnehmer nicht sofort dem Schutz eines von der Gewerkschaft beschlossenen TV unterstehen würde, zumal er in der Regel schon als Nichtorganisierter durch eine ergänzende Betriebsvereinbarung von diesem TV profitierte. Insoweit läßt sich auch eine Vermutung dafür herleiten, daß die Vertragsparteien bei Abschluß des TV jegliche Gewerkschaftsmitglieder - auch später eintretende - in den Geltungsbereich des TV einbeziehen wollten. Darauf weist auch Mayer-Maly [2] hin und folgert daraus, daß eine Ungleichbehandlung zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite nicht berechtigt sei.
Man könnte dieser Argumentation mit der Ansicht von Hoffmann [3] begegnen, von dem Grundsatz, daß der tarifliche Geltungsbereich nur die zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen Verbandsmitglieder erfaßt, eine Ausnahme zu machen, indem auch solche Personen unter die Tarifwirkung fallen, mit deren zukünftigem Beitritt im Rahmen der üblichen Fluktuation die Vertragsparteien nach der allgemeinen Lebenserfahrung rechnen mußten. Denn dann kann man auf der Arbeitgeberseite nur bei relativ kleinen

---

1 Dieses Beispiel stammt von Hoffmann, AuR 64, 171, der diesen Gesichtspunkt an anderer Stelle (S. 173) wegen des sozialen Kräfteverhältnisses der Verbände noch einmal beleuchtet

2 Mayer-Maly, a.a.O. S. 33 Fn. 12

3 Hoffmann, a.a.O. S. 171

Betrieben von einem "üblichen Neuzugang" sprechen, während auf Arbeitnehmerseite der Mitgliederzugang bei der Gewerkschaft regelmäßig als üblich im vorbezeichneten Sinne angesehen werden kann.
Doch erscheint das Abweichen von dem Grundsatz der Beschränkung des Geltungsbereichs des TV auf die bei Vertragsabschluß vorhandenen Verbandsmitglieder (auf der Arbeitgeberseite) mit der zweifelhaften Unterstellung eines auf die üblichen Neuzugänge gerichteten Parteiwillens unnötig. Denn es gibt für die Ungleichbehandlung zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite einen durchaus sachlichen Grund, nämlich die Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers. Während bei der Erstreckung der Tarifwirkung auf einen in die Gewerkschaft eintretenden Arbeitnehmer in keiner Weise der tarifvertragliche Gestaltungswille des Arbeitgeberverbandes beeinträchtigt wird, würde bei der Annahme, daß ein die Mitgliedschaft eines Arbeitgeberverbandes erwerbender Unternehmer unter den Schutz des Verbandstarifvertrages fiele, der tarifliche Gestaltungswille der Gewerkschaft durch diesen Beitritt gebunden. Der Anschluß des Arbeitgebers an den Verband würde der Gewerkschaft eine zusätzliche Friedenspflicht anlasten, nämlich gegen den eingetretenen Arbeitgeber keinen Streik mehr um den Abschluß eines Firmentarifvertrages führen zu dürfen, ohne daß sie sich selbst dazu verpflichtet hat. Die Möglichkeit einer Vertragsänderung durch einseitigen Willens- und Gestaltungsakt muß aber ausdrücklich vereinbart sein, sonst läßt sich der Erwerb der Verbandszugehörigkeit durch den Arbeitgeber - wie Radke [1] richtig erkennt - mit einem Vertrag zu Lasten Dritter, der nach dem BGB nicht möglich ist [2], vergleichen.
Die Unsicherheit und Unbeweglichkeit der h.M. zeigt sich in der Bereitschaft einiger Autoren [3], der Gewerkschaft dann ein Recht zur außerordentlichen Kündigung des Verbandstarifvertrages zu konzedieren, wenn ein atypisches Unternehmen durch den Beitritt zum Arbeitgeberverband von der Tarifwirkung des Verbandstarifvertrages erfaßt wird, der nicht auf Betriebe dieser Art zuge-

---

1 Radke, DB 64, 1490 (1492) und DB 65, 1178 Fn. 19

2 vgl. z.B. RG, JW 24, 809; Palandt, Einführung 5 a vor § 328 BGB

3 z.B. Söllner, S. 126; Dietz, a.a.O. S. 149

schnitten ist. Eine Loslösung vom gesamten Verbandstarifvertrag erscheint nun wirklich als ein unnötiger und umständlicher Weg. Es kann also der Beitritt eines Unternehmers in den Arbeitgeberverband nach Abschluß des Verbandstarifvertrages nicht mehr eine diesen Arbeitgeber erfassende Tarifwirkung zur Folge haben.

b. Öffnungsklauseln

Bezüglich der bereits bei Abschluß des Verbandstarifvertrages im Arbeitgeberverband befindlichen Unternehmen bleibt es aber dabei, daß ihnen gegenüber ein Firmentarifvertrag über im Verbandstarif geregelte Komplexe nicht durch Streik erzwungen werden darf. Es fragt sich, ob die in diesem Fall vorliegende Verletzung der Friedenspflicht des Verbandstarifvertrages nicht durch eine entsprechende Vereinbarung der Parteien bei Abschluß des Verbandstarifvertrages abgewendet werden kann.
Das wäre denkbar durch die Aufnahme sogenannter Öffnungs- oder Vorbehaltsklauseln in den Verbandstarifvertrag zwecks Abschlusses von Zusatztarifverträgen. Dahin gehen auch die Vorstellungen der Gewerkschaften, wenn von betriebsnaher Tarifpolitik gesprochen wird. [1] Diese Öffnungsklauseln dürfen übrigens nicht verwechselt werden mit der tariflichen Gestattung abweichender Vereinbarungen der Arbeitsvertragsparteien. Diese gem. § 4 III TVG zulässigen Abmachungen stellen lediglich eine Erweiterung des normativen Teils des TV dar und zwar dergestalt, daß Abweichungen vom TV bei Abschluß der einzelnen Arbeitsverträge gestattet sind.
Die Aufnahme von Öffnungsklauseln in TV wird aber überwiegend als unzulässig angesehen, da sie dem Wesen der tariflichen Friedenspflicht (aus dem Verbandstarifvertrag) widerspreche [2] bzw. die Friedenspflicht dadurch partiell ausgeschaltet werde [3].
Dem wird teilweise [4] entgegengehalten, die Gewerkschaften würden bei Abfassung dieser Klauseln nicht daran denken, die Zusatztarifverträge während der Laufzeit des Verbandstarifvertrages

---

1 vgl. oben S. 51

2 Hueck-Nipperdey, S. 309, Fn. 14; Brox-Rüthers, S. 138; Knevels, Arbeitgeber 61, 278; Boldt, a.a.O., S. 266; Eichler, a.a.O., S. 546

3 Richardi, JurA 71, 165 und AR-Blattei, E II 2

4 Salm, Der Gewerkschafter, Nr. 11, S. 9; Radke, DB 65, 1180; zustimmend Buchner, a.a.O., S. 2074

kampfweise durchzusetzen. Für den Fall der Nichteinigung der Parteien über den Inhalt des Zusatztarifvertrages schlägt Radke [1] die Vereinbarung eines Schlichtungsverfahrens im Verbandstarifvertrag vor, das durch den verbindlichen Spruch der Schlichtungsstelle entschieden werden soll. Doch sind damit die Bedenken im Hinblick auf eine Verletzung der Friedenspflicht nicht ausgeräumt, denn auch die Verpflichtung eines tarifgebundenen Arbeitgebers, sich einer Zwangsschlichtung zu unterwerfen, dürfte mit dem Wesen der Friedenspflicht aus dem Verbandstarifvertrag nicht in Einklang stehen. Außerdem kann die Gewerkschaft bei einer Zwangsschlichtung nicht in gleicher Weise wie mittels eines Streiks Druck auf den sozialen Gegenspieler ausüben, denn sie muß sich ebenso wie der Arbeitgeber dem Schiedsspruch beugen.
Der einfachste Weg, einen Verstoß durch den Abschluß des Firmentarifvertrages gegen die aus dem Verbandstarifvertrag fließende Friedenspflicht zu vermeiden, wäre eine entsprechende Einschränkung der Friedenspflicht durch die Vertragsparteien bei Abschluß des Verbandstarifvertrages [2]. Es wurde aber bereits festgestellt, daß entgegen der Ansicht von Strasser, der eine relative Immanenz der Friedenspflicht im TV befürwortet, der Bestand der Friedenspflicht nicht der Disposition der Vertragsparteien unterliegt [3].

Nun muß man aber unterscheiden zwischen einer unzulässigen Einschränkung der Friedenspflicht selbst und dem Ausschluß gewisser Fragenbereiche von der Tarifwirkung durch eine Einschränkung des Geltungsbereichs des TV [4]. Letzterer ist möglich, da die Friedenspflicht grundsätzlich nur so weit gilt, wie der Zweck des TV reicht. Die Tarifvertragsparteien können daher bei Abschluß des

---

1 Radke, a.a.O., S. 1181; zustimmend Buchner, a.a.O.

2 so Heß, S. 95, 96, der ein Übereinkommen mit nur einstweiliger Wirkung als „Waffenstillstand" befürwortet

3 vgl. oben S. 9, 10

4 vgl. auch Hueck-Nipperdey, S. 310 Fn. 14 a, die die Ansicht Strassers auf eine nicht hinreichende Differenzierung dieser beiden Fragen zurückführen.

Verbandstarifvertrages dessen Geltungsbereich von vornherein so abgrenzen, daß daneben Platz für einen Zusatzfirmentarifvertrag bleibt, ohne daß beide TV sich tangieren. Allerdings hätte das den Nachteil, daß die Materie, die der firmenvertraglichen Regelung vorbehalten bleiben soll, jetzt noch nicht durch den Verbandstarifvertrag behandelt werden kann, was aber in der Regel gerade der Fall sein soll. Es muß daher eine Lösung gefunden werden, daß beide TV zwar inhaltlich die gleiche Materie regeln, sich aber nicht gleichzeitig decken.

(1) Zeitliche Trennung der TV.

Zu denken wäre an eine zeitlich unterschiedliche Regelung dergestalt, daß beim Eintritt gewisser Ereignisse der Verbandstarifvertrag bzw. ein Teil davon außer Kraft tritt und somit ein tariffreier Raum mit der Möglichkeit eines Arbeitskampfes um einen Firmentarifvertrag geschaffen wird.

So könnten die TV-Parteien die im vorigen Kapitel beschriebene Kündigungsmöglichkeit dahin erweitern, daß schon bei gewissen Veränderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse, die normalerweise keinen Kündigungsgrund abgeben würden, die benachteiligte Partei die Kündigung aussprechen kann. Eine Kündigung hat aber den Nachteil, daß dadurch der ganze Verbandstarifvertrag fortfallen würde. Der anschließende Streik ging dann nicht mehr um einen Zusatztarifvertrag, sondern um einen neuen Verbandstarifvertrag. Außerdem erscheint eine Loslösung vom gesamten TV oft auch für die nur in einigen Punkten benachteiligte Partei nicht wünschenswert. Auch eine Teilkündigung - sofern man sie überhaupt zuläßt [1] - kann sich nur auf den Inhalt des TV, nicht aber auf die Mitglieder der Vertragsparteien beziehen. Von einer Kündigung bzw. Teilkündigung würde der Arbeitgeberverband als Vertragsgegner der Gewerkschaft und damit alle ihm angehörigen Arbeitgeber betroffen. Das soll aber gerade nicht geschehen, vielmehr soll bei einem gleichzeitigen Fortbestand des Verbandstarifvertrages nur mit einzelnen Arbeitgebern, in deren Betrieben eine Sonderlage besteht, ein Zusatzwerksvertrag geschlossen werden. Dazu kann eine erweiterte Kündigungsmöglichkeit nicht weiterverhelfen.

---

1 vgl. oben S. 41 f.

Ähnlich wäre es mit der Konstruktion einer auflösenden Bedingung. Eine auflösende Bedingung ist als Endigungsgrund möglich, da der TV auch mit dem Eintritt eines bestimmten Ereignisses fortfallen kann [1]. Doch würde auch hier bei Eintritt der Bedingung der Verbandstarifvertrag für alle Arbeitgeber entfallen und nicht nur für einzelne, bei denen das Bedürfnis einer Zusatzregelung besteht.

(2) Rahmentheorie.

Da eine zeitliche Trennung der beiden TV nicht weiterhilft, kommt nur eine gegenständliche Trennung in Betracht. Als Kriterium für eine solche Trennung stellt Rüthers [2] eine Parallele zu Art. 80 I GG zur Diskussion, indem der Verbandstarifvertrag den Rahmen für den möglichen Zusatztarifvertrag ausreichend klar abgrenzt [3]. Ein Verstoß gegen die Friedenspflicht kann dann nicht in Betracht kommen, weil die Friedenspflicht für einen genau abgegrenzten Bereich gar nicht begründet würde.

Dieser Vorschlag ist sicherlich ein Schritt nach vorn und im Ansatzpunkt gutzuheißen. Doch erscheint eine Parallelregelung zu Art. 80 I, die für den Zusatztarifvertrag nur einen nach Inhalt und Ausmaß genau abgegrenzten Bereich zulassen würde, nicht flexibel genug, um sich den aktuellen wirtschaftlichen Verhältnissen in den einzelnen Unternehmen anpassen zu können. Es werden nämlich an die Ermächtigung zu einer Rechtsverordnung i.S.d. Art. 80 I GG strenge Anforderungen gestellt: es müssen bereits aus der Ermächtigung selbst (hier also aus dem Verbandstarifvertrag) und nicht erst aus der auf sie gestützten Verordnung (Zusatztarifvertrag) die an den Bürger gestellten Forderungen erkennbar und voraussehbar sein [4].

Da erscheint es näherliegend, wenn man einen Vergleich zum Grundgesetz zieht, den Art. 75 heranzuziehen, der die Rahmengesetzgebung des Bundes behandelt. Die in Art. 75 angesprochenen Rahmengesetze können ein Beispiel für einen die betriebsnahe

---

1 Hueck, AR-Blattei VIII, A I

2 Rüthers, DB 70, 2120, 2124

3 Ähnlich sind auch die Vorstellungen der Arbeitgeberverbände, zitiert bei Rüthers, a.a.O. Fn. 45

4 BVerfGE 18, 61; v. Mangoldt-Klein, Art. 80, VI 3 b

Tarifpolitik ermöglichenden Verbandstarifvertrag sein. Sie können nicht etwa nur Richtlinien für den Landesgesetzgeber, sondern unmittelbar geltendes Recht darstellen [1] und gegebenenfalls auch Einzelheiten regeln, wenn sie nur dem Landesgesetzgeber daneben noch einen Spielraum für die Ausfüllung lassen [2], wobei nicht alle Rechtsnormen des Rahmengesetzes ausfüllungsbedürftig zu sein brauchen. Im Gegensatz zum Adressaten des Art. 80 I hat der Landesgesetzgeber bei der Ausfüllung und Ergänzung der Rahmengesetze - auch wenn diese unmittelbar verbindliches Recht enthalten - ein erhebliches Maß an eigener Willensentscheidung [3]. Gerade dieser in Art. 75 eingeräumte Spielraum ermöglicht - übertragen auf die Ebenen des Tarifrechts - bei der Regelung der Zusatztarifverträge eine Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Besonderheiten der einzelnen Unternehmen.
In der Tarifpraxis sieht das dann so aus, daß der Verbandstarifvertrag die Grundregelung für die Arbeitsbedingungen in den von ihm erfaßten Betrieben bildet. Er regelt als Basistarifvertrag regional oder branchenmäßig die Mindestarbeitsbedingungen, die ihren Orientierungspunkt in den schwächeren Unternehmen haben. Für diese nicht so ertragsreichen Unternehmen stellt der Verbandstarifvertrag eine angemessene und abschließende tarifliche Regelung dar, für andere, gesündere Betriebe ist er nur ein Grundrahmen, den es durch die Tarifparteien im Einzelfall auszufüllen gilt. Der Geltungsbereich des Verbandstarifvertrages wird also von vornherein für eine bestimmte betriebliche Ertragsstruktur abgesteckt, so daß die Friedenspflicht nur bis zur Grenze dieser Ertragsspanne reicht. Geht der Gewinn eines Arbeitgebers darüber hinaus, kann er sich nicht mehr auf die von der Gewerkschaft mit seinem Verband geschlossene Friedenspflicht berufen. Vielmehr bleibt es der Gewerkschaft für diesen Fall unbenommen, den betreffenden Arbeitgeber zwecks Abschlusses eines Firmentarifvertrages unter Druck zu setzen. Die untere Grenze für die in dem Werkstarifvertrag auszuhandelnden Arbeitsbedingungen bildet dabei die Regelung des Verbandstarifvertrages, die den Arbeitnehmern

---

1 vgl. Maunz-Dürig, Art. 75, A. 6

2 BVerfGE 4, 115 (129); Maunz-Dürig, a.a.O. A. 11

3 BVerfGE, a.a.O.

auf jeden Fall auch während der oft langwierigen Verhandlungen und sich eventuell anschließenden Kampfmaßnahmen um den erstrebten Firmentarifvertrag die Mindestarbeitsbedingungen tariflich sichert. Den Rahmen für die in dem Werkstarifvertrag vorgesehenen Höchstarbeitsbedingungen darf dagegen der Verbandstarifvertrag nicht abstecken. Das würde zum einen dem in § 4 III TVG niedergelegten Günstigkeitsprinzip widersprechen, zum anderen zeigt das auch wiederum die Parallele zur Rahmengesetzgebung: die Grenze einer Rahmenbestimmung ist nämlich überschritten, wenn dem Landesgesetzgeber zahlenmäßige Höchstbeträge - etwa für die Besoldung der Landesbeamten [1] - vorgeschrieben werden.
Der Verbandstarifvertrag bildet unter diesen Voraussetzungen eine flexible Grundlage, die für viele von ihm erfaßte Betriebe die entscheidende und angemessene Regelung enthält, für andere zunächst einen tariflichen Rahmen darstellt, der durch der Ertragsstärke der Einzelunternehmen mehr angepaßten Zusatztarifverträge ausgefüllt werden kann. Natürlich ist es auch nach Abschluß dieser Firmentarifverträge infolge größerer wirtschaftlicher Schwankungen und Veränderungen möglich, daß diese auf die Einzelbetriebe zugeschnittenen TV nicht mehr der Realität des Arbeitslebens in den Betrieben entsprechen mit der abermaligen Folge der Verschiebung des Gleichgewichts zwischen den tariflich abgesicherten und den tatsächlich gewährten Arbeitsbedingungen. Da sich aber die Parteien des Werkstarifvertrages bereits auf der konkreten Betriebsebene bewegen, ist in diesem Fall nicht eine vorherige Eingrenzung des Geltungsbereichs des TV - wie auf der Verbandsebene - erforderlich. Hier reichen die oben [2] aufgezeigten Mittel zur vorzeitigen Beendigung eines TV wie etwa die außerordentliche Kündigung, aus. Selbstverständlich bleibt es den Parteien bei Abschluß des Firmentarifvertrages unbenommen, die ihnen zustehende Kündigungsmöglichkeit noch vertraglich zu erweitern.

---

1 BVerfGE 4, 115 (135 ff)
2 s. oben S. 23 f., 33 f.

Zusammenfassend ist zu dieser Rahmentheorie zu sagen: sie bringt m.E. unter Vermeidung der Verletzung der Friedenspflicht aus dem Verbandstarifvertrag eine der betriebsnahen Tarifpolitik angemessene Lösung und entspricht der Wirklichkeit des Arbeitslebens am nächsten. Einerseits werden durch den einheitlichen Grundtarifvertrag gesamtwirtschaftliche Aspekte beachtet und durch die Erstreckung der tariflichen Regelung auch auf schwächere Unternehmen zu starke Sozialgefälle zwischen den Unternehmen des gleichen Wirtschaftszweiges verhindert. Andererseits wird die Gewerkschaft durch die Friedenspflicht des Verbandstarifvertrages nicht zu weit gebunden, so daß ihr die Möglichkeit der Durchsetzung einer betriebsnahen Tarifpolitik bleibt. Sie kann trotz Bestehens des Grundtarifvertrages durch die Vornahme von Kampfhandlungen gegen verbandsangehörige Arbeitgeber zwecks Abschlusses eines Firmentarifvertrages den betrieblichen Besonderheiten Rechnung tragen und für die in den ertragsreicheren Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer angemessenere tariflich abgesicherte Arbeitsbedingungen erzwingen. Durch diese der Gewerkschaft zugestandenen Machtmittel in Verbindung mit einer möglicherweise bestehenden vorzeitigen Kündigungsmöglichkeit der betriebsbezogenen TV kann die dem Ansehen der Gewerkschaft und damit dem Interesse der Arbeitnehmerschaft schädliche Diskrepanz zwischen den Effektiv- und Tariflöhnen weitgehend abgebaut werden.

3) Der Streik um den Abschluß eines unternehmensbezogenen Verbandstarifvertrages.

Die betriebsnahe Tarifpolitik kann außer durch Abschlüsse von Firmentarifverträgen auch über unternehmensbezogene TV auf der Verbandsebene verwirklicht werden. Diese TV mit dem Geltungsbereich für nur ein Unternehmen bleiben Verbandstarifverträge, denn sie werden vom Arbeitgeberverband neben dem Regionalabkommen für einzelne seiner Mitglieder mit der Gewerkschaft geschlossen. Gegen die Zulässigkeit dieser Art von TV sind vereinzelt Stimmen laut geworden, deren Argumentation sich in vielen Bereichen mit den Bedenken gegenüber den Abschlüssen von Firmentarifverträgen deckt, wie etwa die Hervorhebung der betrieblichen Friedenspflicht [1]. Es gibt aber auch speziell

---

1 so Mayer-Maly, a.a.O. S. 33

gegen die Zulässigkeit von werksbezogenen Verbandstarifverträgen gerichtete Ansichten. So wird aus dem Charakter dieser TV als Individualnormen ihre Unwirksamkeit gefolgert [1]. Es fehle den auf ein Unternehmen bezogenen Verbandstarifverträgen die für eine Individualnorm als Ausnahmerscheinung erforderliche sozialpolitische Rechtfertigung. Aus der Tariffähigkeit des einzelnen Arbeitgebers folge dessen alleinige Zuständigkeit zum Abschluß werksbezogener TV, während der Arbeitgeberverband insoweit einer Funktionsbeschränkung unterliege.

Dieses Verbot jeglicher firmenbezogener Verbandstarifverträge stellt eine undifferenzierte Betrachtungsweise dar, die die Tarifpraxis in ihrer Gestaltungsmöglichkeit weitergehend beschränken würde, als es die Beachtung der rechtlichen Problematik der Individualnormen erfordert. Allein die Beschränkung des Geltungsbereichs eines TV auf ein Unternehmen ist rechtlich noch nicht relevant, da das Rechtsstaatsprinzip Individualnormen grundsätzlich nicht verbietet [2]. Die Problematik dieser Normen liegt vielmehr in einer möglichen Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes [3]. Unter diesem Gesichtspunkt werden auch die Hauptzweifel an der Zulässigkeit der firmenbezogenen Verbandstarifverträge, vor allem ihrer kampfweisen Erzwingung erhoben.

a. Der verbandsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz.

Aus der allgemeinen Pflicht eines Verbandes, seine Mitglieder gleichmäßig zu behandeln [4], die sich aus dem stillschweigenden Willen der Gründer und der dem Verband Beitretenden ergebe, will Richardi [5] den sogenannten verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz einführen. Dieser Grundsatz sei kein bloßer Anwendungsfall des Art. 3 GG, sondern gehöre zum (stillschweigenden) Inhalt des Verbandsstatuts. Im Gegensatz zu dem im

---

1 so Deeken, DB 67, 464, 465; gegen die Qualifizierung als Individualnorm: Heß, S. 85

2 BVerfG , NJW 69, 1203; BVerfGE 4, 7 (18 ff)

3 BVerfG , NJW 69, 1205; BVerfGE 10, 243, 244

4 vgl. dazu ausführlich Cohn, ACP 132, 129 ff

5 Richardi, Kollektivgewalt, S. 348 ff; zustimmend Buchner, a.a.O. S. 2030; Heß, S. 79

Rahmen des Art. 3 GG dem Gesetzgeber gewährten notwendigen Spielraum zur Duchsetzung rechtspolitischer Zielsetzungen, könne einem Verband keine ähnlich weitgehende Gestaltungsfreiheit gegenüber den Mitgliedern eingeräumt werden. Seine Autonomie leite sich vom Willen der Mitglieder ab, der in der Satzung fixierte Verbandszweck begrenze seine Handlungsmöglichkeiten und verbiete eine unterschiedliche Behandlung der Mitglieder. Eine dennoch erfolgende Verletzung der Gleichbehandlungspflicht führe zur Unwirksamkeit der Tarifnorm.
Die Ausführungen Richardis lassen Grundlage und Umfang des von ihm eingeführten Grundsatzes vermissen [1]. Die von ihm gebilligte Einwirkung internen Arbeitgeberverbandsrechtes auf den Umfang der Tarifautonomie muß erheblichen Bedenken begegnen. Letztlich ist seine Ansicht nur mit der nach seiner Meinung privatrechtlich begründeten Tarifmacht zu erklären, die auf die Unterwerfung der Mitglieder unter die Gestaltungsmacht der Verbände zurückzuführen sein soll [2]. Diese privatautonome - mandatarische Deutung der Wirkung des TV beruht auf einem Mißverständnis hinsichtlich des Schutzrechts des Art. 9 III GG, der nicht nur vornehmlich die individuelle Koalitionsfreiheit erfassen soll [3], sondern - was wohl als ausdiskutiert gelten kann - als verfassungsrechtlicher Garant autonomer Normsetzungsbefugnis der TV-Parteien gilt. Art. 9 III gewährleistet den Koalitionen die autonome Gestaltung von Kernbereichen der allgemeinen Arbeitsordnung in eigener Verantwortung und Regie [4]. Diese verfassungsrechtliche Problematik braucht hier nicht weiter vertieft zu werden; die unmittelbare Wirkung der Tarifnormen im oben genannten Sinne ist in der Rechtsprechung hinreichend begründet worden [5].

---

1 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 1660 Nachtrag; Tormandl, ZAS 69, 41,54

2 Richardi, a.a.O. S. 164 ff; ähnlich Rehbinder, JR 68, 167

3 so aber Richardi, a.a.O. S. 77 und AR-Blattei, E III 4

4 ausführlich dazu Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, S. 28 ff, 73 ff; ob es sich bei dieser tariflichen Gestaltungsmacht um eine vom Staat abgeleitete oder verfassungsunmittelbare Rechtsetzungsbefugnis handelt
vgl. oben S. 25

5 BVerfGE 4, 96 ff; 18, 18 ff; BAG, AP Nr. 6 zu § 1 TVG Rückwirkung

Erhebliche Schwierigkeiten bieten sich für Richardi auch bei der Auseinandersetzung mit der gesetzlich vorgesehenen Nachwirkung der TV, ihm bleibt hier nur die zweifelhafte Konstruktion eines antizipierten rechtsgeschäftlichen Einverständnisses[1]. Seine privatrechtliche Begründung der Tarifmacht erscheint somit recht bedenklich und vor allem unnötig [2].
Geht man von einer tariflichen Gestaltungsmacht als einer Kraft staatlichen Delegation gemäß § 1 TVG oder einer verfassungsunmittelbaren autonomen Rechtssetzung aus, so scheidet eine Anwendung des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus, da sich die Reichweite der Normsetzungsmacht aus § 1 TVG bzw. Art. 9 III GG ergibt. Es kann allenfalls eine Bindung aus Art. 3 GG in Betracht kommen, was aber höchst umstritten ist [3], da die tarifvertragliche Normsetzung materiell keine Teilhabe an der staatlichen Gesetzgebung ist und daher nicht der unmittelbaren Geltung des Art. 3 unterliegt. Wendet man Art. 3 dennoch auf die TV-Parteien an, so kommt man zu einem wesentlich größeren Spielraum für die Normsetzenden als beim verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz. Nicht jede ungleiche Behandlung enthält einen Verstoß gegen Art. 3 GG. Vielmehr ist der Gleichheitsgrundsatz nur verletzt, wenn kein sachlicher Grund für die Differenzierung besteht. Art. 3 enthält also ein Willkürverbot [4]. Da es nichts Außergewöhnliches ist, daß die Höhe einer Leistungspflicht nach der finanziellen Leistungsfähigkeit bemessen wird, stellt die lohnmäßige Belastung einzelner Arbeitgeber gemäß ihrer wirtschaftlichen Leistungspotenz durch den Verbandstarifvertrag keine unzulässige Willkür i.S.d. Art. 3 GG dar [5]. Der Abschluß eines firmenbezogenen Verbandstarifvertrages kann daher bei einer sachlich gerechtfertigten Differenzierung zwischen den einzelnen Arbeitgebern nicht wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG unwirksam sein.

---

1 Dagegen Canaris, Anm. zu BAG, AP Nr. 26 zu § 1 Feiertagslohnzahlungsg.

2 vgl. zum Ganzen Hueck-Nipperdey, S. 1650 ff. Nachtrag

3 vgl. Übersicht bei Heß, S. 75, 76

4 vgl. BVerfGE 1, 276; 9, 129 ff; BAG Nr. 10, 69, 106 zu Art. 3 GG

5 Säcker, AR-Blattei, TV, II A, I 2 c, bb; Söllner, S. 118; Heß, S. 78

b. Grundsatz der Unzumutbarkeit.

Teilweise wird zwar die Möglichkeit einer wirksamen Vereinbarung firmenbezogener Regelungen bejaht, ihre Erzwingung durch Streik aber für rechtswidrig erklärt [1]. In Anlehnung an die das Verbot von Differenzierungsklauseln behandelnde Entscheidung des BAG [2], wonach gemäß § 242 BGB eine Koalition von der gegnerischen Koalition nichts Unzumutbares verlangen darf, werden Kampfhandlungen gegen den Arbeitgeberverband, die dieser unter Verstoß gegen seine verbandsrechtliche Gleichbehandlungspflicht zum Abschluß firmenbezogener TV zwingen sollen, als rechtswidrig angesehen. Denn in diesem Falle setze sich die Gewerkschaft im Sinne der obigen Entscheidung des BAG über die Belange des Arbeitgeberverbandes hinweg und setze durch ihr kampfweises Vorgehen die eigenen Interessen in einer für diesen unzumutbaren Weise durch. Diese Unterscheidung zwischen erkämpfbaren und nichterkämpfbaren Tarifnormen erscheint nicht einleuchtend. Wenn man die Anwendung des verbandsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes grundsätzlich ablehnt und den Parteien stattdessen bei der Aufstellung der Tarifnormen - wozu neben den Verhandlungen auch als beiderseitiges Druckmittel der Arbeitskampf gehört - den von Art. 3 abgesteckten Spielraum gewährt, kann eben ein Streik um einen firmenbezogenen Verbandstarifvertrag nur bei einer willkürlichen "Herausnahme" eines Arbeitgebers aus seinem Verband den angesprochenen rechtlichen Bedenken unterliegen. Irgendwelche verbandsinternen Bindungen können nicht einen solchen Einfluß auf die Tarifautonomie haben, daß sie zur Rechtswidrigkeit eines Arbeitskampfes im Verhältnis der Sozialpartner führen [3].

Die Berufung auf die Entscheidung des BAG geht ins Leere. Das BAG [4] beschränkt den auf § 242 BGB basierenden Grundsatz der Unzumutbarkeit ausdrücklich nur auf das Aufstellen von Differenzierungsklauseln und läßt gerade offen, ob er auch auf

---

1 so z.B. Buchner, a.a.O. S. 2079, 2080

2 BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG (Bl. 22)

3 vgl. BAG, AP Nr. 2 zu Art. 9 GG; Hueck-Nipperdey, S. 986

4 BAG, AP Nr. 13 zu Art. 9 GG (Bl. 22 Rücks.)

andere Fälle verbandspolitischer Inanspruchnahme des Arbeitgeberverbandes durch die Gewerkschaft anwendbar ist. Das Verbot der Differenzierungsklauseln betrifft einen Sonderfall und entspricht nach den Worten des BAG [1] betrieblicher und unternehmerischer Notwendigkeit. Hier läßt sich in der Tat eine Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) rechtfertigen, da ansonsten der Betriebsfrieden und der unternehmerische Erfolg stark gefährdet werden. Die Anwendung der Klausel des § 242 BGB darf aber nicht dazu führen, daß mögliche verbandsinterne Regelungen einer Vereinigung die Koalitionsbetätigung eines anderen Verbandes mit dem Hinweis auf den unbestimmten Begriff der Unzumutbarkeit grundsätzlich einzuschränken vermögen, zumal hier mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG der Betätigungsraum genau abgegrenzt ist.

4) Zusammenfassung.

Zusammenfassend läßt sich zu der Forderung nach betriebsnaher Tarifpolitik folgendes sagen.

Der dieser Forderung am ehesten gerecht werdende Weg führt über den Abschluß von firmenbezogenen TV, seien es Werkstarifverträge oder unternehmensbezogene Verbandstarifverträge. Diese Verträge sollen neben die in der Regel ein größeres Gebiet oder eine ganze Branche betreffenden Verbandstarifverträge treten, da letztere wegen ihrer Ausrichtung an den schwächeren Unternehmen nicht die jeweilige Ertragstärke der einzelnen Betriebe erfassen können. Dabei ergeben sich allein aus der Verbandszugehörigkeit der in Anspruch genommenen Arbeitgeber gegen die Zulässigkeit der firmenbezogenen TV keine rechtlichen Bedenken. Wegen der aus dem Verbandstarifvertrag fließenden Friedenspflicht muß allerdings gefordert werden, daß der Verbandstarifvertrag quasi als Rahmenvertrag - entsprechend dem Art. 75 GG - nur die Mindestarbeitsbedingungen entsprechend einer bestimmten Ertragsstruktur regelt und darüberhinaus dann Platz ist für werksbezogene Zusatztarifverträge, die der jeweiligen Ertragstärke der jeweiligen Unternehmen mehr Rechnung tragen und die Diskrepanz zwischen den Effektiv- und Tariflöhnen abbauen können.

---

1 BAG, a.a.O.

C. Der deliktische Streik

Ein unerlaubter Streik kann nicht nur vertragliches Unrecht darstellen, sondern auch eine unerlaubte Handlung bilden. Als Verletzungsnormen des deliktischen Streiks kommen §§ 823 I und 826 BGB in Betracht.

I. Die anzuwendende Vorschrift.

Als erstes stellt sich die Frage, ob der deliktische Streik unter beide oben genannten Anspruchsgrundlagen subsumiert werden kann oder ob er - zweckmäßigerweise - nur nach einer bestimmten Schadensersatznorm zu beurteilen ist.

1) § 826 BGB

Die frühere Rechtsprechung [1] knüpfte an den Tatbestand des § 826 BGB an. Sie sah den Streik grundsätzlich als ein erlaubtes wirtschaftliches Kampfmittel an, das nur durch ein Hinzutreten besonderer Umstände sittenwidrig werden könne. Dabei sah man anfangs für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit den Standpunkt "aller billig und gerecht Denkenden" als maßgeblich an [2], später entschied als Maßstab die Anschauung der am Arbeitsleben beteiligten Kreise [3].

2) § 823 I BGB

Ein grundlegender Meinungswandel vollzog sich 1952 anläßlich des sogenannten Zeitungsstreiks. Nipperdey stellt in einem Gutachten zur Frage der Schadensersatzansprüche [4] den Streik als einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb [5] dar. Die Abkehr von § 826 BGB begründete er mit den zu strengen Voraussetzungen dieses Tatbestandes, der scharfe Anforderungen an den Vorsatz stelle und mit dem Erfordernis der Sittenwidrigkeit nicht jede rechtswidrige vorsätzliche Handlung erfasse.

---

1 RGZ 54, 259; 119, 293; RAG BenshSLg 4, 220

2 RGZ 48, 114 (124); 64, 52 (61)

3 RAG BenshSLg 2, 222 mit zustimmender Anmerkung Dersch

4 Nipperdey, Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von der Gewerkschaft gegen das geplante BetrVG geführten Zeitungsstreik vom 27. - 29. Mai 1952 entstanden sind (Rechtsgutachten 1953) S. 33

5 Grundlegend dazu BGHZ 3, 270; 29, 65 mwN

Die frühere Rechtsprechung [1] hatte das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zwar schon lange als sonstiges Recht im S.d. § 823 I BGB anerkannt, anfangs aber nur den Bestand des Betriebes schützen wollen [2]. Auch als sie später einen Eingriff in den Bereich des Betriebes als Rechtsverletzung ansah[3]; hat sie diesen Grundsatz nicht in den Bereich des Arbeitskampfrechts übernommen.

Das BAG [4] hat die den Bereich der Zulässigkeit von Streiks erheblich einengende Lehre Nipperdeys jedoch weitgehend anerkannt, was wohl auch mit der damaligen Präsidentschaft dieses Autoren am höchsten Arbeitsgericht zu erklären ist.

3) Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb im Arbeitskampfrecht.

Was die Anerkennung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb anbelangt, so sind in der Literatur bis heute nicht die erhebliche rechtliche Bedenken anmeldenden Stimmen verstummt[5]. Diesen Bedenken liegen beachtliche Argumente zugrunde, doch erscheint es wenig sinnvoll, dem oben genannten Recht den Charakter eines Schutzobjektes i.S.d. § 823 I BGB absprechen zu wollen, da man insoweit schon von einem Gewohnheitsrecht sprechen kann. Gewohnheitsrechtlich anerkannt ist es aber nicht, daß ein rechtswidriger und schuldhafter Streik eine Haftung aus § 823 I BGB auslöst. Einer Anwendung des § 823 I auf den Arbeitskampf ist vielmehr lebhaft zu widersprechen

a. Kampf innerhalb der Produktionsgemeinschaft.

Die Schaffung des Rechts am Gewerbebetrieb hat den Zweck, den Unternehmer in seinem gewerblichen, insbesondere wettbewerblichen Tätigkeitskreis vor rechtswidrigen Angriffen zu schützen [6]; das Recht wendet sich gegen Eingriffe von außen her in die an sich funktionsfähige Betriebsorganisation als Substrat der gewerb-

---

1 RGZ 51, 369 (373 ff) st.RSpr.; vgl. die Nachw. bei Nipperdey, Gutachten S. 34

2 RGZ 56, 271 (273) st.RSpr.; vgl. dazu BGHZ 29, 67 m.w.N.

3 RGZ 163, 32

4 BAG, AP Nr. 1, 32, 34 zu Art. 9 Arbeitskampf

5 z.B. Esser II, S. 405; Larenz II, S. 421

6 BGHZ 29, 69, 70

lichen Betätigung [1]. Gesteht man dem Unternehmer dieses Recht auch gegenüber seinen streikenden Arbeitnehmern zu, so betrachtet man das Unternehmen als eine Zusammenfassung von Rechten und Pflichten allein in der Hand des Arbeitgebers, der ausschließlich Zurechnungssubjekt allen Geschehens ist, während die Arbeitnehmer in der durch Arbeitsvertrag und betrieblicher Hierarchie vermittelten Objektstellung verbleiben: sie stehen dann außerhalb des Unternehmens, ihre Entlohnung ist dann ebenso wie Materialbeschaffung oder Investition reiner Kalkulationsfaktor [2]. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Montanmitbestimmung, das Betriebsverfassungsgesetz und die in jüngster Zeit von der Regierungskoalition beschlossene allgemeine Mitbestimmung den Arbeitnehmern erhebliche Mitbestimmungsrechte einräumen und sie - im Gegensatz etwa zu Kunden und Lieferanten - als zum Unternehmen gehörig behandeln. Das Unternehmen ist zu einem Personenverbund geworden, in den die einen ihre Arbeitskraft, die anderen das Kapital einbringen [3]. Wenn auch der Kapitalfaktor noch überwiegt, so haben die Arbeitnehmer doch die Außenseiter- und Objektrolle aufgegeben und sind zu "insidern" geworden [4]. Es sind daher von einem Streik ausgehende Unterbrechungen des Betriebsablaufes nur interne Störungen, gegen die das Recht am Gewerbebetrieb nicht schützt. Der Arbeitskampf betrifft lediglich die Arbeitsverhältnisse, die selbst Bestandteile der Betriebsorganisation sind, deren Funktionsfähigkeit aus dem Wesen des Arbeitsverhältnisses heraus schon von vornherein durch den inneren objektiven "Mangel" der Streikbereitschaft der Arbeitnehmer beschränkt ist. Somit greifen die Streikenden nicht - wie etwa ein Dritter im Wettbewerb - in eine ansonsten funktionsfähige Betriebsorganisation ein, sondern aktualisieren nur den jedem Arbeitsverhältnis innewohnenden Vorbehalt einer kollektivrechtlichen Regelung der Lohn- und Arbeitspflichten [5].

---

1 Hoeniger, RdA 53, 210 f.; Hoffmann, AuR 68, 36

2 vgl. Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 249

3 v. Nell-Breuning, Festschrift Kronstein, S. 54 f.; Fitting-Auffarth-Kaiser, § 1 BetrVG, A. 12 a

4 Däubler, a.a.O., S. 250

5 Hoffmann, AuR 68, 36

Wenn Nipperdey [1] meint, eine solche Einschränkung des Rechts am Gewerbebetrieb sei nicht sinnvoll, da eine Lahmlegung des Betriebes von innen her ( z.B. durch Maßnahmen links- oder rechtsradikaler Elemente im Betrieb ) ebenso einen rechtswidrigen Eingriff in den Gewerbebetrieb darstelle wie ein schädigender Eingriff von außen, so stellt er einseitig auf die Folgen solcher Handlungsweisen für die Unternehmerseite ab, verkennt aber dabei die Bedeutung und Tragweite des Rechts am Gewerbebetrieb, das den Schutz des Betriebes in seiner Gesamtheit und als Personenverbund von Arbeitgeber und Arbeitnehmern bezweckt. Diese Schutzsphäre wird durch einen Arbeitskampf nicht berührt. Mit einem Streik wollen die Arbeitnehmer lediglich ihrer Forderung nach gerechterer Verteilung des gemeinsam mit dem Arbeitgeber - durch Arbeitskraft und Kapital - Erarbeiteten mehr Nachdruck verleihen, sie wollen lediglich ihre Arbeitsverhältnisse als interne Organisationsbeziehungen auf kollektiver Ebene neu gestalten. Mit einer absoluten Schädigung des Betriebes würden sich die Arbeitnehmer mittelbar selbst Schaden zufügen, da dadurch die Möglichkeit einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen geschmälert und letztlich die Gefahr des Verlustes des Arbeitsplatzes bestünde.Im übrigen hat der Arbeitgeber auf die Erfüllung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer auch kein absolutes Recht [2], so daß es ungerechtfertigt ist, umgekehrt eine vorübergehende Verweigerung der Arbeitsleistung als Verletzung des ( absoluten ) Rechts am Gewerbebetrieb anzusehen. [3]

Es gilt auch nicht deshalb etwas anderes, weil der Streik von der Gewerkschaft als einer über- und damit außerbetrieblichen Organisation geführt wird. Die Gewerkschaft ist ihrer Aufgabenstellung nach auch im betrieblichen Bereich Interessenvertreterin der Arbeitnehmer (siehe BetrVG, TVG). Ihre überbetriebliche Organisation soll lediglich die Unabhängigkeit gegenüber den Arbeitgebern sichern, ändert aber nichts daran, daß die Gewerkschaft im Arbeitskampf die individuellen Handlungen der Arbeit-

---

1 Nachwort zu Höniger in RdA 53, 211, 212

2 vgl. Wiethölter, Kritische Justiz 70, 121 f.

3 Däubler, a.a.O., S. 250

nehmer wie eine Vertreterin der Arbeitgeberseite als Kollektivakt gegenüberstellt und als solche nicht anders behandelt werden kann als die Vertretenen selbst [1].

Es läßt sich somit feststellen, daß mit einer Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb im Arbeitskampfrecht die arbeitsvertragliche zweiseitige Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber in ein einseitiges absolutes Herrschaftsrecht des Unternehmers umgedeutet wird, so daß eine Vertragsverletzung zugleich eine unerlaubte Handlung darstellt. Streng formuliert bedeutet diese Privilegierung der gewerblichen Betätigung des Betriebsinhabers ein eigentumsähnliches Recht an der Arbeitskraft und der Person des Arbeitnehmers. Das muß entschieden abgelehnt werden.

b. Grundsatz der Waffengleichheit

Nipperdey hält dem entgegen, daß auch dem Kampfmittel der Arbeitgeber, der Aussperrung, ein subjektives Recht der Arbeitnehmer gegenüberstehe: das Recht am Arbeitsplatz [2]. Eine Verdinglichung dieses schuldrechtlichen Rechts aus dem Arbeitsvertrag ergebe sich durch die weitgehende gesetzliche Sicherung des Arbeitsplatzes durch das Kündigungsschutzgesetz. Außerdem müsse Art. 2 I GG auf die Betätigung des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz erstreckt werden. Schließlich gebiete es auch der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG, den Schutz, den der Unternehmer bei seiner gewerblichen Betätigungsfreiheit genießt, auch auf die Betätigung des Arbeitnehmers an seinem Arbeitsplatz auszudehnen.

In der Tat müßte bei einer Einbeziehung des Rechts am Gewerbebetrieb ins Arbeitskampfrecht nach dem Grundsatz der Waffengleichheit [3] auch die Arbeitnehmerseite gegenüber der Aussperrung durch ein absolutes Recht geschützt werden.

---

1 Ramm, AuR 64, 329; Hoffmann, AuR 68, 36; Däubler, a.a.O., S. 250; Höniger, RdA 53, 204

2 Hueck-Nipperdey, S. 995 f.; zustimmend Herschel, RdA 60, 121; Fabricius, AcP 160, 275, 305; Bulla, RdA 62, 9

3 dazu BAG - GS - AP Nr. 1 zu Art. 9 Arbeitskampf; Bötticher, Waffengleichheit und Gleichbehandlung im kollektiven Arbeitsrecht (1956)

Gegen die Anerkennung eines Rechts am Arbeitsplatz ist aber selbst von vielen Autoren [1], die das Recht am Gewerbebetrieb gegenüber einem Streik schützen wollen, Widerspruch erhoben worden. Gerade aus dem Kündigungsschutzgesetz, das von Nipperdey als Hauptargument für die Befürwortung dieses Rechts aufgeführt wird, leiten einige Autoren ihre Bedenken her, und zwar aus § 23 KSchG, wonach dieses Gesetz bei Kündigungen während eines Arbeitskampfes keine Anwendung findet. Doch kann man insoweit noch streiten, ob § 23 KSchG eine abschließende rechtliche Wertung der Kampfkündigungen enthält [2] oder nur den speziellen Kündigungsschutz aufhebt, weil er auf Kampfkündigungen nicht paßt [3]. Jedenfalls gibt das Kündigungsschutzgesetz für eine Anerkennung des Rechts am Arbeitsplatz nichts her. Die Sanktion gegen sozialwidrige Kündigungen besteht in der Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Entlassung. Das die Unwirksamkeit der Kündigung aussprechende Urteil sichert den Arbeitsplatz, der Weg über einen Schadensersatzanspruch gem. § 823 I BGB ist insoweit unnötig. Ein möglicher Schaden wird durch vertragliche Ansprüche - insbesondere § 615 BGB - aufgefangen. Überhaupt ist es der Arbeitsvertrag, der die Art der Beschäftigung diktiert und die Schranke des Weisungsrechts des Arbeitgebers setzt. Gegenstand des Arbeitsvertrages ist aber nicht der Arbeitsplatz, sondern die Dienstleistung.

Man fragt sich vergeblich, womit Nipperdey die Verdinglichung dieses Rechts begründen will. Es besteht doch nur dem Arbeitgeber gegenüber und kann nur durch eine Willenserklärung (Kündigung) des Arbeitgebers in Frage gestellt werden. Ein unmittelbarer Eingriff durch Dritte ist gar nicht möglich. Im Gegensatz zum Recht am Gewerbebetrieb kann also gar nicht von einem allseitigen Schutz gesprochen werden. Es handelt sich um ein typisch relatives Recht.

Gegen die Berufung Nipperdeys auf Art. 2 GG ist zu sagen, daß dann folgerichtig auch den gegen eine Kündigung nicht geschützten

---

1 z.B. Reuss, AcP 156, 89; Bötticher BB 57, 623

2 so Bötticher, a.a.O. S. 623

3 so Brox-Rüthers, S. 121

Arbeitnehmern dieses Recht zustehen müßte, was einerseits der eigenen Argumentation Nipperdeys aus dem Kündigungsschutzgesetz widersprechen würde, zum anderen diesen Arbeitnehmern mit Hilfe eines Schadensersatzanspruches etwas gäbe, was das Gesetz nur einem bestimmten Kreis von Arbeitnehmern zugedacht hat. Schließlich kann auch die Heranziehung des Gleichheitsgebots nicht gelten, denn damit unterstellt Nipperdey seine Prämisse - die Anwendung des Rechts am Gewerbebetrieb auch im Arbeitskampf - einfach als richtig, was aber gerade der Begründung bedurft hätte.

Es fehlt dem Recht am Arbeitsplatz das "Eigentumsähnliche". Mit der Bejahung eines solchen Rechts würde der Boden des § 823 I endgültig verlassen [1]. Damit ist gleichzeitig festgestellt, daß eine Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb im Bereich des Streikrechts auch gegen das Prinzip der Kampfparität verstoßen würde.

c. Feststellung der Rechtswidrigkeit

Während nach allgemeinen Grundsätzen eine Rechtsverletzung die RW der Handlung normalerweise indiziert [2], ist das Recht am Gewerbebetrieb als ein vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregeltes Rahmenrecht begrifflich nicht so fest umgrenzt, daß der Schluß gerechtfertigt ist, die RW einer gegen diese Rechtsposition verstoßenden Handlung sei schon indiziert: ein Rechtswidrigkeitsurteil ergibt sich danach vielmehr erst aufgrund umfassender Güter- und Pflichtenabwägung im Einzelfall [3], was notwendigerweise zur mangelnden Voraussehbarkeit gerichtlicher Entscheidungen und damit zur Rechtsunsicherheit führt. Das hat Nipperdey [4] veranlaßt, die von Welzel [5] im Strafrecht entwickelte Lehre von der sozialen Adaequanz ins Arbeitsrecht zu übernehmen. Doch ist mit der Einführung dieses Begriffes - über dessen ihn

---

1 im Ergebnis ebenso Nikisch, S. 128; Esser II, S. 406, Wiedemann, RdA 61, 3

2 vgl. zum Erfolgs- und Handlungsunrecht: Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, 1963

3 BGHZ 45, 308; NJW 70, 187

4 Gutachten, S. 39

5 in "Das deutsche Strafrecht" (2. Auflage, 1949), S. 36 f.

ausfüllende, von Nipperdey aufgestellte Merkmale noch zu reden sein wird - die Rechtsunsicherheit nicht beseitigt [1]. Denn es bedarf jedenfalls einer Prüfung im Einzelfall, ob der Eingriff nach Art und Ausmaß noch in den Grenzen des Verkehrsüblichen liegt [2].

Die Unsicherheit wird noch dadurch gesteigert, daß äußerst umstritten ist, ob sozialadaequate Streiks bereits keine tatbestandlichen Verletzungshandlungen i.S. d. § 823 I BGB darstellen [3], ob sie zwar den Tatbestand nicht ausschließen, ihnen gegenüber aber die unrechtsindizierende Funktion des Tatbestandes entfällt, so daß sie keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen [4] oder ob sie schließlich erst einen Rechtfertigungsgrund bilden [5]. Das zeigt sich auch daran, daß Nipperdey diesbezüglich mehrmals geschwankt hat: ursprünglich vertrat er die Ansicht, die Sozialadaequanz schließe die Tatbestandmäßigkeit aus [6], dann verstand er sie als allgemeinen Rechtfertigungsgrund [7], während er neuerdings von einem positiven, unrechtskonstituierenden Rechtswidrigkeitselement spricht, d.h. er fordert eine positive Feststellung, daß beim Streik ein die Widerrechtlichkeit des tatbestanderfüllenden Verhaltens begründender Verstoß gegen eine allgemeine Verhaltensvorschrift vorliegt [8].

d. Ergebnis

Angesichts dieser Bedenken gegen eine Übernahme des § 823 I BGB in Form eines Schutzes des Gewerbebetriebes im Arbeitskampfrecht erscheint es sinnvoller und korrekter, auf § 826 BGB als Anspruchsnorm zurückzugreifen. § 826 läßt mit seiner Generalklausel der

---

1 vgl. Wiethölter, Kritische Justiz 70, 132

2 Nipperdey, Gutachten, S. 39

3 Söllner, S. 86; neuerdings auch wieder Welzel, a.a.O (1967), S. 52

4 Niese, Streik u. Strafrecht, S. 30

5 Brox-Rüthers, S. 122; Siebrecht, S.65; Bulla, RdA 62, 7

6 Gutachten, S. 40

7 Hueck-Nipperdey, 6. Auflage, S. 640

8 Hueck-Nipperdey, 7. Auflage, S. 1003 und NJW 67, 1992

Sittenwidrigkeit die grundgesetzliche Wertung, vor allem die in Art. 9 GG begründete Sozialautonomie, Einlaß in diese Schadensersatznorm finden, erlaubt eine mit der Differenzierung der subjektiven Tatbestände [1] den verschiedenen Streikfällen angemessene Behandlung und kann auf eine überlieferte Rechtssprechung verweisen.

II. Sozialadaequanz

Ein Streik, der den Voraussetzungen der von Nipperdey ins Arbeitsrecht eingeführten Sozialadaequanz [2] entsprechen will, muß den Grundprinzipien des freiheitlichen sozialen Rechtsstaates und des kollektiven Arbeitsrechts entsprechen [3]. Zur Ausgestaltung des Begriffes der Sozialadaequanz hatte Nipperdey zunächst acht Merkmale aufgestellt [4], in seiner letzten Auflage hat er sie zu vier Prinzipien zusammengeschlossen [5], auf die noch näher einzugehen sein wird.

Vom hier vorgetragenen Standpunkt aus, § 826 BGB als Anspruchsnorm heranzuziehen, bedarf es der Einführung eines solchen unbestimmten Rechtfertigungsgrundes nicht, da bereits im Tatbestand mit der Generalklausel der Sittenwidrigkeit ein Filter für den erlaubten Streik vorhanden ist. Dennoch ist eine Auseinandersetzung mit dem Inhalt der Sozialadaequanz angesichts der sie tragenden, weit verbreiteten Ansicht [6] unumgänglich, zumal auch der an § 826 gemessene Streik sozialadaequat im richtig verstandenen, untechnischen Sinne sein muß.

Was den Begriff der Sozialadaequanz selbst anbetrifft, ist es wenig sinnvoll, ihn anzugreifen, da ein solcher Begriff auswechselbar ist, entscheidend sind vielmehr die ihn ausfüllenden

---

1 BGH, LM zu § 826 (6 b) Nr. 4

2 s. oben S. 85

3 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 1003

4 Hueck-Nipperdey, 6. Aufl. 1957 S. 641 ff und in Sitzler-Festschrift, S. 96

5 Hueck-Nipperdey, S. 1004 ff

6 BAG, AP Nr. 2 zu Art. 9 Arbeitskampf, st.RSpr.; Bulla, RdA 62, 6; Reuss, Juristen-Jahrbuch S. 170 (Bd. 4); Dietz, ZAS 70, 44 ff

Merkmale. Es sei aber doch vermerkt, daß diese Begriffsbestimmung etwas unglücklich gewählt ist, denn im Gegensatz zu anderen Rechtfertigungsgründen ist er zu allgemein gehalten, zu unbestimmt und enthält keinerlei selbständige Kriterien [1]. Das klingt auch in einer Entscheidung des BAG [2] im Zusammenhang mit der Sozialadaequanz als Anspruchsgrundlage für eine Mitgliederwerbung der Gewerkschaft im Betrieb an, indem in Bezug auf die Sozialadaequanz von einem allgemein gehaltenen Begriffsinhalt und einer Gefährdung der Rechtssicherheit gesprochen wird.

Im Folgenden soll nun eine Auseinandersetzung mit dem 4-Punkte-Katalog Nipperdeys, der eine wesentliche Einschränkung der Streikfreiheit bedeutet, erfolgen.

1. Regelung der Arbeitsbedingungen mit dem sozialen Gegenspieler.

Der erste - und wohl bedeutendste - Punkt dieses Katalogs besagt, daß der rechtlich zugelassene Arbeitskampf allein der von tariffähigen Parteien organisierte und gegen den Sozialpartner gerichtete Kampf zum Zwecke der kollektiven Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen sei [3].

Das Erfordernis der Tariffähigkeit der Parteien eines Arbeitskampfes, das auf der Arbeitnehmerseite nur einen gewerkschaftlich organisierten Streik als sozialadaequat erscheinen läßt, soll an dieser Stelle unerörtert bleiben, da die Problematik des wilden Streiks wegen ihrer bedeutsamen und schwierigen Materie in einem besonderen Abschnitt behandelt werden wird.

Daß ein sozialadaequater Streik um die Gestaltung der Arbeitsbedingungen geführt werden und sich gegen den sozialen Gegenspieler richten muß, kann eigentlich nur als selbstverständlich bezeichnet werden. Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände stehen sich als Interessengruppen nur auf arbeitsrechtlichem Gebiet gegenüber, nur insoweit üben beide eine sinnvolle Funktion aus. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit des politischen Arbeitskampfes und des Sympathiestreiks.

---

1 vgl. Wiethölter, Kritische Justiz 70, 132, 133

2 BAG, 1 AZR 494/65

3 Hueck-Nipperdey, S. 1004

a. Der politische Streik.

Die Hauptproblematik hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des politischen Streiks liegt sicherlich in einer Prüfung der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen und Normen des Verfassungsrechts. Ganz überwiegend wird der politische Arbeitskampf als verfassungswidrig angesehen, da Willensentscheidungen hoheitlicher Art nur von verfassungsmäßigen Organen in dem durch die Verfassung geregelten Verfahren und frei von Zwang durch gesellschaftliche Interessengruppen getroffen werden dürfen [1]. Auf die öffentlich-rechtliche Problematik dieses Streiks soll hier aber nicht näher eingegangen werden, vielmehr nur die zivilrechtliche Seite beleuchtet werden.

(1) Begriff des politischen Streiks.

Eine Rechtmäßigkeitsprüfung muß sich auf einen fest umrissenen Streikbegriff stützen können. Denn gerade bei der höchst umstrittenen Begriffsbestimmung des politischen Streiks zeigt sich deutlich, wie sehr die Ansichten über dessen Zulässigkeit je nach der Definition dieser Streikart divergieren.

(a) Adressat des Streiks.

Manche Autoren [2] meinen, jeder Streik sei politisch, eine Abgrenzung des politischen vom unpolitischen Arbeitskampf sei eine wirklichkeitsfremde Rechtsillusion. Ähnlicher Meinung ist auch Abendroth [3], wonach ein Streik notwendig die Öffentlichkeit und damit auch die Staatsgewalt beeinflusse. Ein Streik habe daher auch immer politische Wirkung.

Unterscheidet man allerdings die Streikarten nach ihren Auswirkungen, so ist in der Tat vielfach eine genaue Abgrenzung unmöglich. Ein klares Trennungskriterium dürfte aber die Feststellung des Streikadressaten sein. Ein Kampf mit dem Ziel der Einflußnahme auf den Sozialpartner bewegt sich danach auf der arbeitsrechtlichen Ebene, während eine Zwangsausübung auf hoheitliche Organe einen politischen Arbeitskampf darstellt. Eine

---

1 vgl. die Nachweise bei Hueck-Nipperdey, S. 886 Fn. 10 d

2 Bückling, Zur Frage der Rechtmäßigkeit des politischen Streiks (1956), S. 19; Schmid, GewMH 54, 1

3 in GewMH 54, 259 und in Sultan und Abendroth, Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie (1955), S. 74

derartige Abgrenzung entspricht der überwiegenden Meinung [1]. Trotz Bejahung dieses Ausgangspunktes sehen manche Autoren [2] solche Arbeitsniederlegungen als politische Streiks an, die wegen ihrer Auswirkung zu einer objektiven Gefährdung des Staates führen. Ganz davon abgesehen, daß diese Meinung die Grenzziehung zwischen politischem und arbeitsrechtlichem Streik wieder verwischt - denn wo beginnt die Gefährdung des Staates? -, erscheint es nicht gerechtfertigt, allein wegen der Wirkungsweise des Kampfes bei gleichbleibender Zielrichtung jemand anderen als Adressaten anzusehen als bei Beginn des Streiks. Damit würde dem Arbeitskampf ohne einen entsprechenden Willen der Kämpfenden ein politischer Charakter beigelegt. Ein solches Ergebnis ist unhaltbar und verstößt gegen die Wertung des Art. 9 III GG. [3].

(b) Umkämpfte Materie.

Ein Unterscheidungskriterium könnte auch der Charakter der Materie sein, um deretwegen der Arbeitskampf geführt wird [4]. Die Konsequenz wäre, daß ein Streik, der trotz zwischenzeitlicher abschließender gesetzlicher Regelung der umkämpften Materie fortgeführt wird, ein arbeitsrechtlicher Arbeitskampf bliebe. Diese Ansicht wird in der Tat mit der Begründung vertreten, der Staat gleiche in diesen Fällen den Interessengegensatz quasi als Schiedsmann durch Gesetz aus. Ebenso wie bei der Einschaltung einer staatlichen Schlichtungsstelle stelle sich auch dieser Arbeitskampf als zulässiger arbeitsrechtlicher Streik dar [5].

---

1 LAG Frankfurt, RdA 53, 169 ff; LAG Düsseldorf, RdA 54, 117; Hueck-Nipperdey, S. 884; Nikisch, S. 130; Niese, a.a.O. 95 ff; Reuss, AuR 66, 265; Siebrecht, S. 55; Söllner, S. 79

2 Kaiser, Der politische Streik, S. 32; Rüthers, Streik u. Verfassung (1960) S. 85 ff; Brox-Rüthers, S. 33

3 so auch Hueck-Nipperdey, S. 884, 885; Hohenester, Die Grenzen der Streikfreiheit, S. 46; Söllner, S. 73

4 so LAG Berlin, NJW 55, 124 f.; Bauer, JZ 53, 650 u. AuR 55, 69

5 Schnorr v. Carolsfeld, Die Berechtigung gewerkschaftlicher Demonstration für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Wirtschaft, Gutachten in Abendroth - Schnorr v. Carolsfeld, S. 21, 22; etwas abschwächend Abendroth in demselben Gutachten, S. 9

Bei Aufstellung dieses Vergleichs wird übersehen, daß nach Einschaltung eines neutralen Schlichters der Streik in dieselbe Richtung zielt wie zuvor, nämlich gegen den sozialen Gegenspieler, nicht aber gegen den Schlichter selbst, der insoweit nur ausgleichend tätig wird. Nimmt aber der Gesetzgeber die umkämpfte Materie selbst in die Hand, richtet sich ein dennoch weitergeführter Arbeitskampf nicht mehr gegen den Arbeitgeber, denn die Streikenden sind sich bewußt, daß die Erfüllung der Streikforderung nicht mehr - wenn sie es überhaupt vorher gewesen ist - in der Macht des sozialen Gegenspielers liegt, sie wollen vielmehr durch ihre Kampfmaßnahme in die staatliche Gesetzgebung eingreifen, also den „Schlichter" selbst bekämpfen. So richteten sich auch 1951/52 die Arbeitskämpfe anläßlich des Streits um das Mitbestimmungsrecht und die Gestaltung des Betriebsverfassungsgesetzes, die der Bundesgesetzgeber dann kraft seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz gemäß Art. 74 Nr. 12, 72 II Nr. 3 GG regelte, gegen das staatliche Gesetzgebungsverfahren, denn es sollte eine politische Instanz bei der Ausübung ihrer verfassungsmäßigen Tätigkeit zu einem bestimmten Verhalten gezwungen werden. Ein solcher Streik ist kein arbeitsrechtlicher [1], da er nicht mehr gegen den sozialen Gegenspieler geführt wird [2].

Die gesetzliche Regelung einer von den sozialen Gegenspielern umkämpften Materie kann im übrigen zwar einen unzulässigen Eingriff in die Tarifautonomie darstellen. Das ist aber nicht der Fall, wenn die durch den Streik erstrebten verbesserten Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nicht mehr unter die den Berufsverbänden nach § 1 TVG zustehende Tarifkompetenz fallen, was bei der Materie des Mitbestimmungsrechts und Betriebsverfassungsrechts umstritten ist [3]. Aber auch in den Fällen, in denen die umkämpfte Materie sowohl unter die Regelungsbefugnis der Tarif-

---

1 so aber Hueck-Nipperdey, S. 885, der allerdings in diesem Fall die RW des Streiks bejaht

2 so auch LAG Frankfurt, RdA 53, 197; Niese, S. 96 f.; Kaiser, S. 33; Brox-Rüthers, S. 33; Reuss, AuR 66, 266

3 bejahend Hessel, BB 51, 87; verneinend Huber, WVR, 2. Bd. (1954), S. 408

parteien als auch unter die Gesetzgebungskompetenz fällt, kann eine gesetzliche Regelung derselben gerechtfertigt sein. Die soziale Selbstverwaltung kann nicht schrankenlos sein, die damit verbundenen Gruppeninteressen sind vielmehr in den Gesamtrahmen des staatlichen Herrschaftsverbandes eingegliedert. Es muß dem Staat zumindest dann, wenn es das Gesamtinteresse erfordert oder aus den Interessenkämpfen der sozialen Gruppen gar eine objektive Gefährdung der staatlichen Gesamtheit zu entstehen droht, möglich und erlaubt sein, im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens bestimmte Fragen des Soziallebens der Gruppenautonomie zu entziehen und durch staatliche Normierung zu regeln [1].

(c) Ergebnis

Das entscheidende Trennungskriterium zwischen arbeitsrechtlichem und politischem Streik kann somit nur die Feststellung des Adressaten sein. Damit läßt sich der politische Streik als ein Arbeitskampf definieren, der auf einen Hoheitsträger Druck ausüben soll, um ihn zu einem in seiner Hoheitssphäre liegenden Verhalten zu veranlassen.

(2) Rechtmäßigkeit des politischen Streiks

Die im Zusammenhang mit der Prüfung der Erlaubtheit des politischen Streiks naheliegende Frage ist die, ob nicht aus der (überwiegend angenommenen) Verfassungswidrigkeit des politischen Arbeitskampfes [2] auch die allgemeine Rechtswidrigkeit i.S.d. § 823 BGB folgt, so daß sich eine Untersuchung der zivilrechtlichen Rechtmäßigkeit erübrigen könnte.

Diese Frage wird bejaht von Schnorr v. Carolsfeld [3] mit der Begründung, daß eine Handlung nicht gleichzeitig rechtmäßig und rechtswidrig sein könne. Auch Forsthoff [4] folgert aus der Verfassungswidrigkeit unmittelbar die zivilrechtliche Ersatzpflicht. Diese Autoren übersehen, daß ein Arbeitskampf in mehrfacher Hinsicht gegen die Rechtsordnung verstoßen kann, z.B. kann er

---

1 Huber, S. 408; Niese, S. 97; Rüthers, S. 128; Reuss, AuR 66, 267

2 vgl. Brox-Rüthers, S. 57 f.; Hueck-Nipperdey, S. 886, Fn. 10 d

3 Gutachten, S. 22

4 in Forsthoff-Hueck, Gutachten S. 15

verfassungs-, tarif-, verbands-, amtswidrig, strafbar und deliktisch sein [1]. Jede Verletzung macht den Streik, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorhanden ist, rechtswidrig. Die Voraussetzungen und Folgen der einzelnen Rechtsverletzungen durch einen Arbeitskampf sind jedoch in den einzelnen Bereichen unterschiedlich geregelt; einen konkreten Inhalt gewinnt der allgemeine Hinweis auf die RW erst durch die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm [2]. Der Schutzzweck dieser jeweils verletzten Rechtsnorm bestimmt die sich daran anknüpfenden Rechtsfolgen. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang das Problem des Rechtswidrigkeitszusammenhanges [3]: Dieser ist gegeben, wenn der geltend gemachte Schaden nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fällt. So mag z.B. der Zeitungsstreik von 1952 wegen Verstoßes gegen Art. 20, 38 GG verfassungswidrig gewesen sein: Dieser Verstoß gegen Verfassungsnormen macht nur die Verletzung der durch sie geschützten staatlichen Ordnung rechtswidrig, dieses Unrecht richtet sich aber nicht gegen die in § 823 I BGB geschützten Rechte und Rechtsgüter. Die Folgen eines verfassungswidrigen Streiks mögen ein Verfassungsverbot nach Art. 9 II GG oder eine Verwirkung des Koalitionsrechts aus Art. 9 III GG sein, nicht aber eine zivilrechtliche Ersatzpflicht nach § 823 I BGB [4].

Der politische Streik ist aber nicht sozialadaequat und daher rechtswidrig i.S.d. § 823 I BGB. Wie schon dargelegt worden ist, ist das Streikrecht nur als ein Kampfmittel der Arbeitnehmer zur Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen anerkannt [5]; der Streik darf nur durchgeführt werden, um vom sozialen Gegenspieler Zugeständnisse hinsichtlich der Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu erwirken. Das bedeutet, daß der soziale

---

1 vgl. oben S. 5 f.

2 Brox-Rüthers, S. 51; Niese, S. 51

3 Nipperdey, S. 27 f.; Palandt, Vorb. 5 c vor § 249

4 LAG Frankfurt, RdA 53, 198; Hueck, Herschel-Festschrift, S. 37; Hohenester, S. 71 f.; Niese, S. 52

5 vgl. oben S. 88

Gegenspieler, also der Arbeitgeber, nur dann mit einem Arbeitskampf konfrontiert werden darf, wenn er rechtlich in der Lage ist, der von ihm geforderten Änderung der Arbeitsbedingungen nachzukommen [1]. Diese Voraussetzung ist beim politischen Streik, der zwar unmittelbar die Arbeitgeberseite durch Kampfmaßnahmen betrifft, aber an den Staat adressiert ist und zwar mit Forderungen, die nur letzterer zu erfüllen in der Lage ist, nicht gegeben. Es ist nicht einzusehen, daß ein Unternehmer, der keinen Einfluß - selbst wenn er dazu willens ist - auf die Realisierung der Streikforderung hat, Eingriffe in den Betrieb hinnehmen soll. Ein Arbeitskampf ist nur sinnvoll, wenn auf den Kampfgegner ein Druck ausgeübt werden kann, um ihn zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen. Die Schädigung eines Unternehmers, der gar nicht imstande ist, Abhilfe zu schaffen, kann nicht gebilligt werden. Ein an den Staat adressierter Arbeitskampf ist daher sozialinadaequat [2].

(3) Der politische Demonstrationsstreik

Der politische Demonstrationsstreik enthält im Gegensatz zum Kampfstreik keine unmittelbare Pression, vielmehr besteht sein Zweck darin, durch die Auswirkungen der Arbeitsniederlegung einen Hoheitsträger auf die Stellungnahme der Streikenden zu einem bestimmten Problemkreis hinzuweisen [3].

Die politisch akzentuierte Meinungsäußerung ist zwar durch Art. 5 I GG geschützt, sie findet aber gem. Art. 5 II ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, insbesondere rechtfertigt sie nicht die Schädigung unbeteiligter Dritter. Es kann hier in Bezug auf die Rechtswidrigkeit i.S.d. § 823 I nichts anderes gelten als beim politischen Kampfstreik. Denn ob ein unmittelbarer Zwang ausgeübt werden oder nur eine allgemeine Willenkundgabe erfolgen soll, in beiden Fällen stellt sich die

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 1009; Brox-Rüthers, S. 125; Huber, S. 407; Hueck, Herschel-Festschrift, S. 42

2 Hueck-Nipperdey, S. 886; Nikisch, S. 130; Siebrecht, S. 55; Brox-Rüthers, S. 126; Huber, S. 410 (§ 826 BGB)

3 Kaiser, S. 29, rechnet den politischen Demonstrationsstreik gar nicht zum politischen Streik

Arbeitsniederlegung im Verhältnis zum Arbeitgeber als Schädigung eines Unbeteiligten dar [1]. Dieses Ergebnis kann auch nicht von der Materie, um die es bei dem Demonstrationsakt geht, berührt werden [2], da ein an den Staat adressierter Streik trotz arbeitsrechtlicher Materie ein politischer Arbeitskampf bleibt [3].

(4) Ergebnis

Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit des politischen Streiks ergibt sich somit kein tauglicher Ansatzpunkt für eine Zulässigkeitserweiterung von Arbeitskämpfen. Die Beschränkung eines sozialadaequaten Streiks auf eine Auseinandersetzung mit dem Sozialpartner um die Gestaltung der Arbeitsbedingungen gibt dem Arbeitskampf eine sinnvolle Grundlage und kann von niemandem ernsthaft in Frage gestellt werden, der die Funktion des Streiks nicht uferlos ausdehnen und ihn damit als wirtschaftliche Kampfwaffe zweckentfremden will.

b. Der Sympathiestreik

Von den Gegnern der Zulässigkeit des Sympathiestreiks wird zwar das Fehlen mehrerer Merkmale der Sozialadaequanz gerügt, doch bildet das Erfordernis "der Auseinandersetzung mit dem Sozialpartner" den Hauptstreitpunkt.

Wohl überwiegend wird der Sympathiestreik als ein erlaubter Arbeitskampf betrachtet, das entbindet jedoch im Rahmen des hier gestellten Themas nicht von einer dahingehenden Untersuchung, denn gerade in neuerer Zeit werden Versuche unternommen, den

---

1 Hueck-Nipperdey S. 887; Hueck, Herschel-Festschrift, S. 43; Brox-Rüthers, S. 136, 143; Nikisch, S. 131; anderer A. unter allerdings unklaren Einschränkungen Reuss, AuR 66, 266 und 69, 289, der aber offenbar dem Arbeitgeber einen Ausgleichsanspruch analog § 904 S. 2 BGB zugestehen will; ähnlich Schnorr v. Carolsfeld, Gutachten S. 23

2 so aber Fechner, RdA 55, 167 im Hinblick auf die sozialstaatliche Struktur des Staates und der Zuziehung der Sozialpartner bei der Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen

3 vgl. oben S. 90, 91

Bereich der Zulässigkeit dieser Streikart einzuengen oder gar zu leugnen. Außerdem besteht über den Begriff des Sympathiestreiks in der Rechtsprechung und Literatur eine sehr verschwommene Vorstellung, so daß von daher einige Mißverständnisse und Meinungsunterschiede auch in Bezug auf die Rechtmäßigkeit dieses Arbeitskampfes resultieren. Es erscheint daher eine schwerpunktmäßige Erörterung dieser Problematik vonnöten zu sein.

(1) Begriff des Sympathiestreiks

Der Sympathiestreik besagt vom Namen her, daß mittels einer Arbeitsniederlegung für einen anderen Arbeitskampf Sympathie bekundet wird. Eine solche Sympathiekundgabe ist in verschiedenen Situationen denkbar.

1. Eine Unterstützungsaktion für die primär streikenden Arbeitnehmer, ohne auf den eigenen Arbeitgeber Druck auszuüben.
2. Zwangsausübung auf den eigenen Arbeitgeber mit dem Ziel, daß dieser auf seinen bestreikten Kollegen i.s.d. von den primär Streikenden aufgestellten Forderungen einwirkt.
3. Verweigern von Arbeiten, deren Ausführung die Position der streikenden Arbeitnehmer schwächen würde.
4. Arbeitsniederlegung, um sich die Forderungen der bereits streikenden Arbeitnehmer zu eigen zu machen.
5. Unterstützung von streikenden Arbeitskollegen, die nicht in fremden Unternehmen, sondern in der gleichen Betriebsgemeinschaft beschäftigt sind.

Die Frage ist nun, welche Aktionen überhaupt von dem Begriff des Sympathiestreiks erfaßt werden. Im Schrifttum ist diese Frage stark umstritten, ja es finden sich bei einigen Autoren widersprüchliche Aussagen über die Ausfüllung dieses Begriffes. Einigkeit dürfte aber insoweit bestehen, als die unter 4) angeführte Arbeitsniederlegung keinen Sympathiestreik darstellt, denn daß es sich bei dieser Streikart um die Unterstützung eines anderen Arbeitskampfes handeln muß, kann als unstreitig bezeichnet werden.

Einer der Hauptstreitpunkte in diesem Zusammenhang ist die Frage nach dem Betroffenen und dem Adressaten.

Einige Autoren folgern aus der Akzessorietät des Sympathiestreiks zum Hauptarbeitskampf, daß begriffsnotwendig zum Sympathiestreik

ein Auseinanderfallen von Betroffenen und Adressaten gehöre. Da die sympathisierende Kampfpartei fremde Ziele verfolge, könne der Adressat dieses Streiks nur der primär bestreikte Arbeitgeber sein [1].

Es erscheint jedoch in diesen Fällen eine genaue Kennzeichnung des Adressaten nicht immer möglich. Wenn behauptet wird, im Fall 2) seien Betroffener und Adressat identisch, während im Beispiel 1) diese Identität fehle [2], so muß man sich fragen, ob nicht auch im zweiten Beispiel bei dem auf den eigenen Arbeitgeber in Richtung auf eine Beeinflussung des primär bestreikten Arbeitgebers eingewirkt wird, der eigentliche Adressat der fremde Arbeitgeber ist. Denn durch den Druck auf den eigenen Arbeitgeber soll letztlich auch Druck auf den primär bestreikten Arbeitgeber ausgeübt werden. Die Beeinflussung des eigenen Arbeitgebers stellt sich nur als eine Art Zwischenstation dar, das eigentliche Ziel der Sympathisierenden ist eine Verstärkung des Drucks auf den fremden Arbeitgeber. Man kann insoweit auch, wenn man schon den sekundär bestreikten Arbeitgeber als Adressaten ansieht, unter Berücksichtigung der Besonderheit des Sympathiestreiks von zwei Adressaten sprechen, so daß schon von daher eine Festlegung des Sympathiestreiks auf eine fehlende Identität von Betroffenem und Adressaten als unglücklich erscheint.

Auch das äußere Erscheinungsbild der beiden ersten Punkte des Beispielkataloges erscheint gleich: in beiden Fällen soll der Streik anderer Arbeitnehmer durch die Arbeitsniederlegung der Sympathisanten unterstützt werden. Diese beiden Voraussetzungen, nämlich die Unterstützung eines bereits laufenden Streiks, ohne daß die sympathisierende Kampfpartei dabei eigene Ziele, d.h. die Verbesserung der mit dem eigenen Arbeitgeber bestehenden Arbeitsbedingungen, erstrebt, werden auch überwiegend als Grundvoraussetzungen des Sympathiestreiks angesehen [3].

---

1 so Brox-Rüthers, S. 34, 127; Rüthers, BB 64, 312

2 Hohenester, S. 104

3 Hueck-Nipperdey, S. 1009; Stadler, BB 67, 719; Löwisch, AdA 62, 314; Bulla, Molitor-Festschrift S. 296; Dietz, ZAS 70, 48

Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt sich auch bei einem Streik in einem Großunternehmen, dem verschiedene Berufszweige angehören (Beispiel 5). Wird hier von einem Berufszweig der Arbeitskampf begonnen, und unterstützt eine andere Belegschaftsgruppe, die einer anderen Tarifregelung untersteht, diesen Streik durch eine Zwangsausübung auf den Arbeitgeber, so liegt in dieser Unterstützungsaktion sicherlich eine Sympathiekampfmaßnahme, obwohl zweifelsfrei Betroffener und Adressat identisch sind [1]. Umstritten ist auch die Einordnung des Sachverhaltes unter Punkt 3), wo es praktisch um die Verweigerung von Streikbrecherarbeiten geht.

Teilweise wird eine Klassifizierung dieser Arbeitsverweigerung als Sympathiestreik ausdrücklich abgelehnt. Hier handele es sich nicht um die Unterstützung eines fremden Kampfzieles, vielmehr würde die eigene Neutralität gegenüber dem schwebenden Arbeitskampf bekundet. Das bedeute die Verfolgung eigener Ziele gegenüber dem eigenen Arbeitgeber [2].

Dem muß widersprochen werden, denn die den Begriff des Sympathiestreiks ausfüllenden Markmale - die Unterstützung eines fremden Kampfzieles - liegen hier vor. Die sympathisierenden Arbeitnehmer wollen keine Änderung der Regelung der Beziehungen zu ihrem Arbeitgeber, also kein eigenes Kampfziel verfolgen, sondern dem primär bestreikten Arbeitgeber die Möglichkeit nehmen, die Zielvorstellungen der ihn bestreikenden Arbeitnehmer zu unterlaufen. In dieser sogenannten Wahrung der Neutralität liegt doch eine eindeutige Unterstützungsaktion gegenüber den streikenden Arbeitskollegen [3].

---

1 Döhner, Der Sympathiearbeitskampf, Münchener Dissertation 1966, S. 5; Hohenester, S. 101 Fn. 4, a.a. Stelle stellt Hohenester allerdings den Sympathiestreiks die sogenannten Solidaritätsstreiks gegenüber, worunter er eine Unterstützung der Arbeitnehmer in der gleichen Betriebsgemeinschaft versteht (S. 102). Offensichtlich meint er mit gleicher Betriebsgemeinschaft auch die gleiche Tarifgruppe. Jedenfalls erscheint der Ausdruck "Solidaritätsstreik" an dieser Stelle unpassend, denn eine Gleichsetzung von Sympathie- und Solidaritätsstreik dürfte wohl angemessen sein, so auch Bulla, a.a.O. S. 295

2 Brox-Rüthers, S. 128; Rüthers BB 64, 312

3 Im Ergebnis ebenso BGZ 54, 259; RG ARS 7, 573; Döhner a.a.O. S. 2

Zusammenfassend läßt sich zum Begriff des Sympathiestreiks sagen, daß die Beispiele unter Punkt 1) - 3) und 5) unter diesen Begriff fallen. Als Definition des Sympathiearbeitskampfes empfiehlt sich folgende Formel: Ein Streik, der einen bereits schwebenden Arbeitskampf unterstützen soll, ohne daß die Streikenden dabei eigene Kampfziele verfolgen.

(2) Rechtmäßigkeit des Sympathiestreiks

Bei der Prüfung der Zulässigkeit von Sympathiestreiks müssen sich angesichts des Umstandes, daß durch diesen Streik ein anderer Arbeitskampf unterstützt werden soll, zwangsläufig Besonderheiten ergeben.

So kann die Unterstützung eines rechtswidrigen Hauptkampfes nicht selbst rechtmäßig sein. Insoweit wirkt sich auf Grund der tatbestandlichen Akzessorietät die Rechtswidrigkeit des Hauptkampfes auf die Zulässigkeit des Sympathiestreiks aus [1]. Die Frage ist, ob auch der umgekehrte Weg gilt, d.h. ob allein die Rechtmäßigkeit des Hauptarbeitskampfes einen diesen unterstützenden sekundären Streik rechtfertigt.

Offensichtlich dieser Ansicht ist das LAG Frankfurt [2], wenn es die Sozialadaequanz eines Sympathiestreiks dann bejaht, wenn bzw. weil er an einen sozialadaequaten Hauptkampf angehängt ist.

Dagegen wendet sich ein Teil der Literatur [3], der aus dem Gedanken des § 830 I 1 BGB die selbständige Prüfung der Rechtswidrigkeit jeder Handlung folgert. Dieser Ansicht ist im Ergebnis zuzustimmen, wobei allerdings die Heranziehung des Gedankens des § 830 etwas unpassend erscheint. § 830 will dem Geschädigten den für ihn fast unmöglichen Beweis des Ausmaßes des ursächlichen Beitrages der einzelnen Täter erleichtern; daraus kann für die völlig anders gelagerten Fälle der Arbeitskämpfe nichts gewonnen werden. Es bedarf auch eines solchen Gedankens gar nicht. Beide Arbeitskämpfe finden in verschiedenen Bereichen statt, und allein wegen seines Unterstützungscharakters kann der Sympathiestreik nicht seine Eigenständigkeit verlieren. Die Zulässigkeit eines

---

1 vgl. Bulla, a.a.O. S. 299; Döhner, a.a.O. S. 27, 28; Stadler, a.a.O. S. 721

2 LAG Frankfurt, RdA 53, 197

3 z.B. Döhner, a.a.O. S. 28,29

Sympathiestreiks wäre ja auch sonst von weniger Voraussetzungen abhängig als der Hauptkampf [1].

Somit steht fest, daß die Rechtmäßigkeit des Hauptkampfes zwar eine Zulässigkeitsvoraussetzung für den Sympathiestreik bildet, nicht aber von der Prüfung der Erlaubtheit dieses Arbeitskampfes entbindet. Bei der Untersuchung der Zulässigkeit des Sympathiestreiks werden überwiegend die Grundsätze der Sozialadaeqanz angewandt [2]. Dabei kann es sich aber nur - wie noch zu zeigen sein wird - um eine entsprechende Anwendung handeln, da sonst dem Unterstützungscharakter des Sympathiestreiks nicht genügend Rechnung getragen wird [3].

Dagegen wird vorgebracht, wenn schon bestimmte Gründe für die Sozialadaequanz aufgestellt würden, müßten sie auch konseqeuenterweise auf jede mögliche Arbeitskampfart angewandt werden [4].

Im Gegenteil müsse sogar der Umstand, daß in solche Streiks Arbeitgeber einbezogen werden, die an dem Streitpunkt des Hauptkampfes nicht beteiligt und vielfach nicht in der Lage seien, gemäß der Forderung der sympathisierenden Kampfpartei auf ihre bestreikten Kollegen einzuwirken, noch zu weiteren Grenzziehungen gegenüber der Zulässigkeit des Sympathiestreiks führen [5]. Andere ziehen daraus sogar den Schluß der völligen Unzulässigkeit von Sympathiestreiks [6].

(a) Interesse am Hauptkampf

Die oben angesprochene Einengung der Zulässigkeit von Sympathiestreiks wird von vielen Autoren durch das Aufstellen des Erfordernisses eines mittelbaren Interesses der sympathisierenden Kampfpartei am primären Arbeitskampf vorgenommen.

Dabei wird teilweise ein sozialpolitisches Interesse, bedingt durch Branchengleichheit und eine ähnliche Tarifregelung, gefordert [7]. Dieses Interesse dürfe sich aber nicht zu einem unmittel-

---

1 so auch Mayer-Maly, Anm. zu AP Nr. 34 zu Art. 9 Arbeitskampf; Siebrecht, S. 58; Bulla, S. 298

2 Hueck-Nipperdey, S. 1009; Nikisch, S. 130; Söllner, S. 90; Hohenester, S. 104 ff; Rüthers, a.a.O. S. 313 ff

3 so zu Recht Stadler, a.a.O. S. 721

4 Döhner, a.a.O. S. 24, 25

5 Bulla, a.a.O. S. 299

6 Brox-Rüthers, S. 127; Rüthers, a.a.O. S. 314; Döhner, S. 24

7 so Siebrecht, S. 60,61 in seiner "Abgrenzung nach unten" zum Arbeitsvertragsbruch

baren verdichten, so wenn die Entscheidung im Hauptkampf für die Sympathisierenden praktisch präjudiziell sei, dann läge kein Sympathiestreik mehr vor [1].

Andere lassen ein wirtschaftliches Interesse, das in einer geschäftlichen Verbindung zu den primär Kämpfenden liege, als Rechtsmäßigkeitsvoraussetzung genügen [2].

Die Gegner der Zulässigkeit von Sympathiestreiks sehen selbst dieses mittelbare Interesse nicht als ausreichend an. Entweder wird das mittelbare Interesse als ein zu unsicheres Kriterium angesehen [3] oder es wird aus der in unserer Arbeitsordnung bestehenden sozialen Selbstverantwortung geschlossen, daß bereits bei Verfolgung eigener Interessen auf das volkswirtschaftliche Ganze Rücksicht zu nehmen sei, was erst recht bei der Wahrnehmung nur mittelbarer Interessen gelte und zu einer Störung des Arbeitsfriedens nur bei der Regelung von Arbeitsbedingungen gegenüber dem eigenen Sozialpartner berechtige [4].

Alle diese Ansichten berücksichtigen nicht in genügendem Maße den allgemeinen Grundsatz der Solidarität der Arbeitnehmer untereinander.

Daß es eine solche Solidarität gibt, kann nicht ernsthaft geleugnet werden. Das zeigt sich deutlich in der Organisation von Spitzenverbänden, in der Abstimmung der Grundziele untereinander und nicht zuletzt im Vorhandensein von überregionalen Kampfkassen. Der Grundsatz der Solidarität wird in der Rechtsprechung nicht nur als soziologisches Phänomen gesehen, sondern ist auch seit langem als allgemeines Rechtsprinzip anerkannt. Anhand der Lehre vom Betriebsrisiko ist in der Rechtsprechung der Grundsatz entwickelt worden, daß die Arbeitnehmer, die infolge eines Streiks in einem anderen Tarifgebiet tatsächlich nicht weiter beschäftigt

---

1 Siebrecht, a.a.O. in seiner "Abgrenzung nach oben"; a.A. Dietz, ZAS 70, 49, der dies gerade als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Sympathiestreiks ansieht

2 Hohenester, S. 102, 106; Hoeniger, BB 55, 705

3 so Rüthers, a.a.O. S. 313

4 Döhner, S. 35

werden können, auf Grund des Prinzips der Solidarität keinen Lohnanspruch gegen ihren Arbeitgeber haben [1]. Wenn aber die Solidarität auch Auswirkungen auf bestehende Arbeitsverhältnisse hat, muß dieses Prinzip erst recht bei Arbeitskämpfen relevant werden, denn gerade der Arbeitskampf ist der deutlichste Ausdruck der Solidarität [2]. Es wäre befremdend, der Zulässigkeit des Sympathiestreiks, dem eine reine Unterstützungsfunktion zukommt, das Erfordernis eines mittelbaren Interesses der Sympathisierenden hinzuzufügen. Das hieße, die solidarische Verbundenheit der Arbeitnehmer durch spezielle, betriebsbezogene Belange zu verwässern.

Die eine Zulässigkeit von Sympathiestreiks einschränkenden bzw. ablehnenden Stimmen resultieren aus der Befürchtung, die (schrankenlose) Zulassung dieser Arbeitskämpfe könne zu einer nicht mehr zu verantwortenden Störung der Arbeitsordnung bzw. zu einer Sozialschlacht führen [3]. Diese befürchtete Sozialschlacht kann aber doch bei jedem Arbeitskampf auftreten und ist keine spezielle Folge des Sympathiestreiks. Überregionale TV und eine verzahnte arbeitsteilige Wirtschaft tragen dazu bei, daß fast jeder bedeutsame Streik zu einer Art Sozialschlacht ausarten kann. Es ist auch einfach wirklichkeitsfremd zu meinen, daß ein Arbeitskampf von daran völlig unbeteiligten Arbeitnehmern unterstützt würde, etwa ein Streik der Hamburger Werftarbeiter von bayrischen Holzfällern. Denn es ist ja nicht so, daß ein Streik ohne jede Überlegung begonnen wird, da er schließlich auch für die Streikenden ein Risiko beinhaltet. Das Prinzip der Selbstverantwortung durch die Sozialpartner in unserer Arbeitsordnung sorgt eben für einen gerechten Interessenausgleich.

(b) Einflußmöglichkeit auf den Hauptkampf

Eine weitere Einschränkung der Zulässigkeit von Sympathiestreiks wird durch die Forderung, auf Grund des Sympathiestreiks müsse eine objektive Einflußmöglichkeit auf den vom Hauptkampf be-

---

1 RGZ 106, 272; BAG, AP Nr. 2 zu § 615 BGB Betriebsrisiko

2 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 1009

3 so Bulla, S. 300; Rüthers, a.a.O. S. 313

troffenen Arbeitgeber erreicht werden, vorgenommen [1].
Die Art der Einwirkungsmöglichkeit sehen manche in einer Verstärkung des finanziellen Drucks [2], andere durch eine geschäftliche Verbindung [3].
Die Gegner der Zulässigkeit von Sympathiestreiks lehnen das Kriterium der Einwirkungsmöglichkeit als zu unsicher [4] bzw. wegen Verstoßes gegen die Waffengleichheit [5] ab.
Zum letzteren ist zu sagen, daß allein Beweisschwierigkeiten keine Abkehr vom richtig erkannten Ergebnis rechtfertigen. Weshalb ein Verstoß gegen die Waffengleichheit vorliegen soll, bleibt unklar, denn im Falle einer Sympathieaussperrung kann durchaus Druck auf die Gewerkschaft ausgeübt werden. Es fragt sich aber, ob wirklich die Forderung nach einer objektiven Einwirkungsmöglichkeit gerechtfertigt ist. Auch bei Hauptarbeitskämpfen kann nicht immer von einer konkreten Möglichkeit der Einflußnahme auf den Gegenspieler gesprochen werden. Was allein immer besteht, ist eine diesbezügliche rein abstrakte Möglichkeit. Eine solche besteht aber auch bei Sympathiestreiks und liegt allein schon in der Ausweitung des Arbeitkampfes. Der Unterstützungscharakter ist ja gerade das Hauptmerkmal des Sympathiestreiks.

(c) Sozialer Gegenspieler

Somit sind alle Versuche einer weiteren Einengung der Zulässigkeit von Sympathiestreiks zurückzuweisen. Die Prüfung der Rechtmäßigkeit wird allein auf Grund der zum Begriff der Sozialadaequanz aufgestellten Regeln vorgenommen. Das hier interessierende und entscheidende Merkmal der Sozialadaequanz ist das Erfordernis der Kampfrichtung gegen den sozialen Gegenspieler. Dabei muß nach weit verbreiteter Ansicht der soziale Gegenspieler in der Lage sein, die Kampfforderung zu erfüllen [6]. Das Vorliegen dieses Merkmales kann höchstens bei Punkt 2) des oben aufgestellten

---

1 Bulla, S. 300; Hohenester, S. 105; Löwisch, RdA 62, 315; Osswald, S. 16

2 so Löwisch, a.a.O., S. 315

3 so Hohenester, S. 106

4 Rüthers, S. 313

5 Döhner, S. 30, 31

6 Hueck-Nipperdey, S. 1009; Brox-Rüthers, S. 125; Hueck, Herschel-Festschrift, S. 41

Beispielkatalogs [1] zweifelhaft sein.
Sieht man in diesem Beispiel den eigenen Arbeitgeber als den alleinigen Adressaten an, so daß also Betroffener und Adressat zusammenfallen, so ist dieser Adressat sicherlich in der Lage, die Forderung der Sympathiesanten zu erfüllen. Denn ihm gegenüber erschöpft sich die Zielsetzung der Streikenden in der Aufforderung nach seinen Kräften auf seinen Kollegen im primären Arbeitskampf in Richtung auf ein Nachgeben gegenüber den Forderungen der primär streikenden Arbeitnehmer einzuwirken. Dieser Aufforderung nachzukommen ist der Arbeitgeber (als sozialer Gegenspieler) jederzeit in der Lage.
Sieht man dagegen den primär bestreikten Arbeitgeber als Adressaten des Sympathiestreiks an, so stellt sich die Frage, ob auch in diesem Falle der Arbeitskampf gegen den sozialen Gegenspieler geführt wird.
Rüthers, der nur diesen zweiten Fall unter dem Begriff des Sympathiestreiks subsumiert [2], leugnet die Rechtmäßigkeit, weil der unmittelbar Betroffene (der eigene Arbeitgeber) die Kampfforderung nicht erfüllen könne und der eigentliche Adressat (der fremde Arbeitgeber) kein sozialer Gegenspieler der Sympathiesanten sei. Mithin fehle die Richtung gegen den sozialen Gegenspieler [3].
Manche meinen, es handle sich nur dann um ein und denselben sozialen Gegenspieler, wenn auf der Gegenseite - also zwischen dem primär und sekundär bestreikten Arbeitgeber - eine enge wirtschaftliche Verflechtung bestehe [4].
Schließlich wird je nach der Intention zwischen dem real direkten, dem real indirekten und dem nur ideell unterstützenden Sympathiestreik unterschieden, wobei nur dem ersten Arbeitskampf die Rechtmäßigkeit zugesprochen wird [5].

---

1 s. oben S. 96

2 s. oben S. 97 Fn. 1, 98 Fn. 2

3 Rüthers, S. 314; ebenso Brox-Rüthers, S. 127; Döhner, S. 24

4 Söllner, S. 90

5 Haupt, Begriff, Erscheinungsformen, Rechtsnatur u. Grenzen der Zulässigkeit des Sympathiestreiks, Kölner Dissertation 1966

Es muß an dieser Stelle wieder auf das Prinzip der Solidarität der Arbeitnehmer verwiesen werden [1]. Gerade die Existenz von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden zeigt, daß sich die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberschaft als geschlossene Einheiten gegenüberstehen. Auch solche durch keinen Arbeitsvertrag bzw. TV verbundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind im weiteren Sinne als soziale Gegenspieler anzusehen. Insoweit kann man bei einer entsprechenden Anwendung [2] der Regeln der Sozialadaequanz das Verhältnis zwischen der sympathisierenden Kampfpartei und dem primär bestreikten Arbeitgeber durchaus als eine Auseinandersetzung zwischen den Sozialpartnern i.S.d. von Nipperdey aufgestellten Kataloges bezeichnen. Da die Sympathisanten lediglich die Forderungen der primär Streikenden unterstreichen, ist auch der "soziale Gegenspieler" zur Erfüllung ihrer Forderungen in der Lage; denn durch ein Nachgeben gegenüber den Zielvorstellungen der ihn unmittelbar Bestreikenden erfüllt er gleichzeitig die Forderungen der sekundär Streikenden. Es kann dabei nicht verlangt werden, daß das Einlenken des Arbeitgebers auf den Sekundärstreik zurückzuführen ist; vielmehr muß - angesichts des Solidaritätsprinzips - die abstrakte Möglichkeit einer Beeinflussung genügen, die allein schon in der Tatsache der Ausweitung des Arbeitskampfes mit einer möglicherweise einhergehenden Belastung der Kampfkassen liegt. Es kommt daher konsequenterweise auch nicht auf eine wirtschaftliche Verbindung der Kampfgegner oder auf besondere Intentionen der Unterstützungsakteure an [3].

(d) Ergebnis

Abschließend läßt sich sagen, daß das Aufstellen zusätzlicher zum Katalog der Sozialadaequanz hinzukommender Zulässigkeitsschranken vor den Sympathiestreik abgelehnt werden muß. Was die

---

1 vgl. dazu S. 101

2 mit Rücksicht auf den Unterstützungscharakter des Sympathiestreiks vgl. S. 100

3 im Ergebnis ebenso Hueck-Nipperdey, S. 1009; Nikisch, S. 130; Stadler, a.a.O.; RAG 7, 573; 13, 574; Kaskel-Dersch, S. 410; Huber, S. 412

Merkmale der Sozialadaequanz selbst anbelangt, so ist jedenfalls das Erfordernis einer "Auseinandersetzung zwischen den Sozialpartnern" unter Berücksichtigung der Solidarität der Arbeitnehmer erfüllt.

2) Tariflich regelbares Kampfziel

Von seinem Ausgangspunkt her, daß nur tariffähige Parteien einen rechtmäßigen Arbeitskampf führen können, folgert Nipperdey [1] eine Beschränkung der zulässigen Kampfziele auf tariflich regelbare Bereiche. Diese Einengung des Streikziels beruht letztlich auf der von ihm angenommenen Verbundenheit von Tarifrecht und Arbeitskämpfen. Er sieht den Arbeitskampf als bloßes Konnexinstitut zur Verfassungsgarantie der Koalitionsfreiheit und der Tarifautonomie [2]. Aus dieser Bezogenheit ergibt sich nach seiner Meinung, daß die Rechtsordnung nur Arbeitskämpfe mit tariflich regelbaren Zielen als rechtmäßig wertet [3]. Da diese Eingrenzung der erlaubten Zielsetzung mit der Frage nach dem Erfordernis der Tariffähigkeit der Kampfparteien und damit der Problematik des wilden Streiks eng zusammenhängt, soll die Berechtigung dieses Merkmales der Sozialadaequanz auch erst im Zusammenhang mit der Erörterung der Zulässigkeit des wilden Streiks geprüft werden.

Erwähnt sei aber die Folge der Anwendung dieses Merkmals auf den Sympathiestreik. Von den Gegnern der Zulässigkeit des Sympathiestreiks wird nämlich die soziale Inadaequanz dieses Arbeitskampfes nicht nur im Hinblick auf ein fehlendes tariflich regelbares Ziel angenommen [4]. Vielmehr kommen diese Autoren - anhand dieses Merkmales - ebenso zur Unzulässigkeit dieser

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 1010

2 Hueck-Nipperdey, S. 137 ff, 914 ff, 1011

3 zustimmend Brox-Rüthers, S. 132; Siebert, SAE 56, 19; Hoeniger, RdA 53, 206; Noch enger Dietz, JUS 68, 6 und ZAS 70, 45: entsprechend der Aufgabe der Gewerkschaft, die soziale Ordnung zu gestalten, kann ein rechtfertigendes Ziel nur ein TV sein; a.A. Nikisch, S. 120; Hueck, Herschel-Festschrift S. 42

4 so Brox-Rüthers, S. 136

Streikart, wenn man als erlaubtes Ziel eine sonstige kollektive Vereinbarung oder auch eine einseitige Maßnahme genügen läßt, da die Sympathiestreikenden weder mit dem unmittelbar Betroffenen noch mit dem Adressaten eine solche Vereinbarung treffen wollten [1] Dazu ist noch einmal zu betonen, daß wegen des Unterstützungscharakters des Sympathiestreiks nur eine entsprechende Anwendung der Regeln der Sozialadaequanz in Betracht kommen kann. Es muß daher bei der Prüfung eines erlaubten Kampfzieles allein das Ziel des Hauptkampfes entscheidend sein. Da als Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit des Sympathiestreiks zunächst die Rechtmäßigkeit des Hauptkampfes festgestellt werden muß, erübrigt sich hier eine nochmalige Untersuchung bezüglich eines den Grundsätzen der Sozialadaequanz entsprechenden Kampfzieles.

3) Kollision mit Tarifregelungen

Unabhängig von der Berechtigung der Forderung nach einem tarifrechtlichen Kampfziel stellt sich die Frage, welchen Einfluß solche Ziele, die unter einem möglichen Verstoß gegen tarifgesetzliche oder tarifvertragliche Regelungen angestrebt werden, auf die Sozialadaequanz eines Arbeitskampfes haben.

(a) Allgemeinverbindlichkeitserklärung von TV (AVE)

Denkbar ist beispielsweise, daß trotz Bestehens eines für allgemein verbindlich erklärten TV [2] von anderen Tarifparteien daneben Sondertarife angestrebt und durch Kampfmaßnahmen erzwungen werden.

Nipperdey [3] sieht dieses kampfweise Erstreben besserer Arbeitsbedingungen, als sie durch den TV der tarifgebundenen Mehrheit der Arbeitnehmer gewährt werden, als sozial-inadaequat an, da dadurch das gesamte Tarifgefüge zusammenbrechen und der TV für die tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien praktisch wertlos werden könnte. Dagegen hält er die freiwillige Vereinbarung von günstigeren Sondertarifen neben dem allgemein verbindlich erklärten TV für zulässig [4].

---

1 so Döhner, S. 25

2 vgl. zur AVE Söllner, S. 132 ff; Hueck-Nipperdey-Stahlhacke, Anm. 1 zu § 5 TVG

3 Hueck-Nipperdey, S. 1012

4 Hueck-Nipperdey, a.a.O. Fn. 39

Letzteres ist sicherlich widersprüchlich, denn die von ihm befürchteten negativen Auswirkungen der Tarifkonkurrenz würden bei einer freiwilligen Vereinbarung ebenso wie bei einem erzwungenen Sondertarif auftreten. Es ist doch so, daß die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber nur von dem normativen Teil des TV erfaßt, ihnen dagegen aber keine schuldrechtlichen Pflichten auferlegt werden: die AVE bewirkt keine Ausdehnung der Friedenspflicht [1]. Die AVE bewirkt vielmehr nur, im Geltungsbereich eines TV nach dem Grundgedanken der sozialen Ordnung keine Arbeitnehmer und Arbeitgeber im tariflosen Zustand zu belassen. Die Schaffung anderer tariflicher Regelungen durch die von der AVE erfaßten Arbeitnehmer kann daher nicht im Widerspruch zur AVE stehen. Eventuell auftretende Überschneidungen werden nach dem Prinzip der Tarifkonkurrenz [2] gelöst. Gerade in der Anerkennung dieses Prinzips sehen manche Autoren eine Bestätigung für die Zulässigkeit der Erkämpfung von Sondertarifen trotz der Existenz einer AVE [3]. Es wäre eine unerträgliche Einschränkung der Koalitionsbetätigung der nur die Minderheiten repräsentierenden Verbände, wenn sie allein durch die ohne ihren Willen zustandegekommene AVE an der Gestaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen gehindert würden. Das liefe im Ergebnis auf einen Einheitsverband mit einem Monopol auf beiden Seiten hinaus. Es ist daher auch im Geltungsbereich eines allgemein verbindlich erklärten TV seitens der von der AVE erfaßten, aber nicht tarifgebunden Arbeitnehmer ein Streik um Sondertarife zulässig [4].

(b) Fortdauer der Tarifgebundenheit

Ähnlich ist bei einem Streik zu entscheiden, den die aus einer Tarifpartei ausgeschiedenen und nun in einer neuen Gewerkschaft zusammengeschlossenen Arbeitnehmer um einen Sondertarif führen. Nipperdey sieht auch diesen Arbeitskampf angesichts der Fortdauer der Tarifgebundenheit (§ 3 III TVG) der Streikenden als sozial

---

1 vgl. Brox-Rüthers, S. 135; Mendigo, AuR 55, 317, 318

2 vgl. dazu die Nachweise bei Gramm, AR-Blattei D, TV XII Tarifkonkurrenz

3 Mendigo, a.a.O.; Hessel, BB 55, 1030

4 so auch Nikisch, S. 124; Brox-Rüthers, S. 135; Hessel, a.a.O.

inadaequat an, läßt aber den freiwilligen Abschluß eines neuen TV zu [1].

§ 3 III TVG kann jedoch dann nicht mehr gelten, wenn die ausgeschiedenen Arbeitnehmer einer anderen Tarifpartei angehören, da sonst deren Grundrecht der Koalitionsfreiheit verletzt wäre. Nipperdey leugnet selbst den Grundsatz, daß gemäß § 3 III TVG tarifgebundene Personen keine anderweitige tarifliche Regelung ihrer Arbeitsbedingungen herbeiführen dürfen, indem er die freiwillige Vereinbarung von Sondertarifen zuläßt. Denn gäbe es einen solchen Grundsatz, müßte er auch dem freiwilligen Abschluß von TV entgegenstehen [2]. Die möglichen ungünstigen Wirkungen einer Tarifkonkurrenz bleiben nämlich in beiden Fällen gleich. Allerdings wird man den Streik dann als unzulässig ansehen müssen, wenn offensichtlich mit der Bildung der neuen Tarifpartei eine Umgehung der Friedenspflicht gewollt ist [3]. Um aber durch die Einführung dieses subjektiven Elementes keine Abgrenzungsschwierigkeiten zu bekommen [4], wird man dafür - nicht zuletzt auch mit Rücksicht auf die unbestrittene Koalitionsfreiheit einer Tarifpartei - den Nachweis einer solchen Mißbrauchsabsicht verlangen müssen.

(c) Tarifliche Friedenspflicht

Sehr umstritten ist die Frage, ob ein gegen die Friedenspflicht eines TV verstoßender Streik auch gleichzeitig eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 823 I BGB darstellt.

Viele Autoren leiten - teilweise unter Berufung auf den Beschluß des Großen Senats des BAG vom 28.1.1955 [5] - von ihrem Ausgangspunkt, daß ein zulässiger Streik ein tariflich regelbares Ziel anstreben müsse, die These ab, tarifvertragswidrige Streiks seien

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 1011 und Fn. 37

2 vgl. auch Nikisch, S. 124

3 ähnlich auch Brox-Rüthers, S. 135

4 diesen Vorwurf macht Nipperdey, Hueck-Nipperdey S. 1011, 1012 Fn. 37

5 BAG, AP Nr. 1 zu Art. 9 Arbeitskampf

auch stets sozialinadaequat [1]. Denn in diesem Falle erfüllten die Sozialpartner gerade nicht die ihnen gemeinsame Aufgabe, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen nach den Regeln des Tarifrechts durchzuführen. Ein solcher Streik würde nicht zur Schaffung, sondern zur Zerstörung einer Kollektivregelung führen. Abgesehen von der Fragwürdigkeit der Prämisse erscheint diese Ansicht auch nicht folgerichtig. Denn selbst bei einer Eingrenzung des Kampfzieles auf mögliche kollektivrechtliche Regelungen kann doch ein Streik um den Abschluß eines TV - auch bei Außerachtlassung der Geltung eines noch laufenden TV - unter diesem Gesichtspunkt keinen rechtlichen Bedenken unterliegen, da er ja eine Kollektivvereinbarung anstrebt. Tarifvertragswidrigkeit und soziale Adaequanz sind zweierlei: nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts enthält eine Vertragsverletzung nicht automatisch eine unerlaubte Handlung. Zwar handelt der Vertragsbrecher nicht sozialadaequat im allgemeinen, untechnischen Sinne des Wortes. Doch kann das nicht bedeuten, daß dieses nur auf einem Vertragsbruch basierende soziale Fehlverhalten diesen speziell für das Arbeitskampfrecht deliktisch orientierten Begriff inhaltlich mitbestimmen kann. Denn das liefe auf eine Ausdehnung des § 823 I BGB auch auf Forderungsrechte hinaus, da die TV-Pflichten allein inter partes wirken und kein allgemeingültig richtiges Verhalten nach den Regeln der Gemeinschaftsordnung verlangen. Ein solches Verhalten im Sinne einer Kampfenthaltung gegenüber jedermann meint aber der Begriff der Sozialadaequanz [2]. Daß sich auch der Entscheidung des Großen Senats des BAG nichts Gegenteiliges ableiten läßt, wurde bereits in der Einleitung dargelegt [3].

---

1 Brox-Rüthers, S. 133; Siebrecht, S. 67; Dietz, Herschel-Festschrift S. 47 ff; LAG Hamm, SAE 56, 15; neuerdings auch Hueck-Nipperdey, S. 1014

2 nicht verständlich ist die Berufung Nipperdeys (Hueck-Nipperdey, S. 1015) auf die bestimmten Berufsgruppen obliegenden speziellen Verhaltenspflichten, denn diese Pflichten richten sich doch trotz ihrer gruppenspezifischen Herkunft an die Allgemeinheit

3 vgl. oben S. 6

Es muß somit festgestellt werden, daß ein Streik nicht allein wegen seiner Tarifvertragwidrigkeit als sozial inadaequat bezeichnet werden kann [1].

4.) Prinzip der Verhältnismäßigkeit

Der Katalog Nipperdeys sieht weiter vor, daß ein rechtmäßiger Streik nur als letztes Mittel eingesetzt werden darf (ultima - ratio - Prinzip), d.h. vor Einleitung der Kampfmaßnahmen sind alle erfolgsversprechenden Verhandlungsmöglichkeiten auszuschöpfen und gesetzlich bzw. tariflich vorgesehene Schlichtungsstellen anzurufen [2], es ist grundsätzlich vorher eine Urabstimmung durchzuführen [3] und es darf nicht die Möglichkeit bestehen, das Kampfziel auf dem Rechtsweg zu erreichen [4]. Außerdem setze der sozialadaequate Streik eine faire Kampfführung voraus [5].

Zu diesem Problemkreis hat der Große Senat des BAG in seiner zweiten grundlegenden Entscheidung vom 21.4.71 Stellung genommen [6]. Er verabschiedet dabei stillschweigend die Formel von der Sozialadaequanz und ersetzt sie durch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Dieses Prinzip steckt allerdings nicht den gesamten Zulässigkeitsrahmen für Arbeitskämpfe ab, sondern geht, wie Präsident Müller [7] vom BAG klarstellt, entsprechend den von Nipperdey aufgestellten Voraussetzungen [8] bereits davon aus, daß der Arbeitskampf um den Abschluß einer kollektivrechtlichen Regelung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geführt wird. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit ist aber insoweit oberste Norm

---

1 ebenso Nikisch, S. 121; Hueck, RdA 56, 204; Bulla, RdA 62, 9; Bötticher, BB 57, 621 ff

2 Hueck-Nipperdey, S. 1022; zustimmend Brox-Rüthers, S. 141; Niese, S. 73; Bulla, DB 59, 574; Dietz, ZAS 70, 48

3 Hueck-Nipperdey, S. 1025; Mayer-Maly, RdA 65, 433

4 Hueck-Nipperdey, S. 1026; Säcker, DB 69, 1941; Hessel, DB 65, 971; Dietz, ZAS 70, 46; Söllner, S. 90; Brox-Rüthers, S. 139

5 Hueck-Nipperdey, S. 1028; Siebrecht, S. 52, 66; Brox-Rüthers, S. 144; Galperin, Nipperdey-Festschrift II, S. 197, 213

6 BAG (GS), AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

7 in RdA 71, 322; ebenso Richardi, Anm. in SAE 72, 11

8 vgl. oben S. 87 f.

des Arbeitskampfrechts, als die Institution des Arbeitskampfes und ihre Erscheinungsformen im konkreten Fall nach ihm bemessen werden [1].

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht auf der Erwägung, daß der Arbeitskampf nicht nur die Kampfparteien berührt, sondern auch unbeteiligte Dritte und die Allgemeinheit erfaßt: Somit wird der Arbeitskampf als Rechtsinstitut nicht isoliert gesehen, sondern eingebettet in die gesamtgesellschaftlichen und gesamtvolkswirtschaftlichen Vorgänge [2].

a. Inhalt der Entscheidung

Nach Ansicht des BAG sind daher vor und bei jedem Arbeitskampf die wirtschaftlichen Gegebenheiten zu berücksichtigen und darf das Gemeinwohl nicht offensichtlich verletzt werden [3]. Daraus folgert das Gericht im Hinblick auf die Einleitung und Durchführung von Arbeitskämpfen:

"Arbeitskämpfe dürfen nur insoweit eingeleitet und durchgeführt werden, als sie zur Erreichung rechtmäßiger Kampfziele und des nachfolgenden Arbeitsfriedens geeignet und sachlich erforderlich sind. Jede Arbeitskampfmaßnahme darf ferner nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden; der Arbeitskampf muß also das letzte mögliche Mittel sein.

Auch bei der Durchführung des Arbeitskampfes selbst ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die Mittel des Arbeitskampfes dürfen ihrer Art nach nicht über das hinausgehen, was zur Durchsetzung des erstrebten Zieles jeweils erforderlich ist." [4]

Entsprechende Regeln können nach Ansicht des Großen Senats [5] in Satzungen festgelegt werden, darüber hinaus seien Vereinbarungen zwischen den Parteien über die Austragung der Interessengegensätze erforderlich. Wenn und solange solche Regeln und Verein-

---

1 Müller, a.a.O.; Richardi, a.a.O.

2 Müller, a.a.O. und AuR 72, 5

3 BAG, a.a.O., III A 1

4 BAG, a.a.O., III A 2 a, b

5 BAG, a.a.O., III A 3

barungen fehlen, sei nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu prüfen, ob ein Arbeitskampf nach Anlaß, Beginn, Art der Durchführung und weiterer Entwicklung rechtlich zulässig ist.

b. Bedenken gegen die Entscheidung

Die Einführung des Gebots der Verhältnismäßigkeit in das Arbeitskampfrecht begegnet erheblichen rechtlichen Bedenken.

(1) Terminologie

Zunächst bestehen diese Bedenken im Hinblick auf die vom BAG angewandte Terminologie, indem es die Begriffe Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit gebraucht, ohne zwischen ihnen zu differenzieren oder mit ihnen unterschiedliche Inhalte zu verbinden.
Die beiden Begriffe sind im Verwaltungsrecht entwickelt worden (vgl. § 41 des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931) und seitdem klar umrissen: so geht es bei der Frage der Erforderlichkeit darum, unter mehreren denkbaren Maßnahmen diejenige auszuwählen, die für den von der Maßnahme Betroffenen das geringste Übel darstellt (Prinzip des geringsten Eingriffs), während das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu der Prüfung zwingt, ob zwischen Maßnahme und Zweck ein angemessenes Verhältnis besteht (Prinzip der Angemessenheit) [1].
Eine Vermischung dieser beiden Begriffe durch den Großen Senat legt den Schluß nahe, daß er sich mit den Erkenntnissen zum Gebot der Verhältnismäßigkeit in Lehre und Rechtssprechung überhaupt nicht befaßt hat [2].

(2) Tragender Grund der Entscheidung

Bedenklicher als diese bloß terminologische Unschärfe ist der in der Entscheidung für das Gebot der Verhältnismäßigkeit angeführte tragende Grund, nämlich die aus der inneren Verflochtenheit unserer Gesellschaft folgende Drittschädigungswirkung des Arbeitskampfes [3]. Der Große Senat leitet daraus einen Zwang für

---

1 BVerfGE 10, 103; 23, 133; grundlegend Lerche, Übermaßverbot und Verfassungsrecht, 1961

2 vgl. Löwisch, ZfA 71, 321; Joachim, AuR 73, 291; Däubler, JuS 72, 642

3 BAG, a.a.O., III A 1

die Arbeitskampfparteien zur Rücksichtnahme auf die wirtschaftlichen Gegebenheiten und das Gemeinwohl ab [1], so daß er die Notwendigkeit der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Arbeitskampfrecht offensichtlich aus einem öffentlichen Interesse an der Vermeidung von Schäden folgert.

(a) Verwaltungsrechtliches Übermaßverbot

Abgesehen davon, daß diese dem Arbeitskampf vom BAG beigelegte Außenwirkung nicht näher empirisch untermauert ist, vermag sie nicht das im Verwaltungsrecht entwickelte und im Verhältnis zwischen Staat und Bürger, in dessen Freiheitssphäre eingegriffen wird, geltende Übermaßverbot auch auf der Ebene der autonomen Arbeitskampfparteien zu rechtfertigen.

Das Übermaßverbot setzt eine prinzipielle Überordnung des eingreifenden gegenüber dem betroffenen Subjekt voraus, was sicherlich nicht zugunsten der Streikenden im Verhältnis zum Arbeitgeber angenommen werden kann: nahezu alle wichtigen, die Struktur des Arbeitsprozesses bestimmenden Entscheidungen, ob Investitions- und Preispolitik, ob technischer Ablauf, werden von der Unternehmerseite getroffen; ebenso fehlt es an einem solchen Verhältnis zu den Außenstehenden. Beim Arbeitskampf geht es nicht um einen der Eingriffsverwaltung vergleichbaren Eingriff seitens der Streikenden in die Sphäre der Unternehmer oder Dritter, sondern um die Auseinandersetzung zweier gleichgeordneter sozialer Gegenspieler auf einem ihnen vom Gesetzgeber überlassenen Betätigungsfeld, nämlich dem Aushandeln der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen [2]. Dabei muß den Parteien selbst die Kampftaktik, wie etwa die Bestimmung des Zeitpunkts des Arbeitskampfbeginns, überlassen bleiben. Daß infolge dieser Auseinandersetzungen sich auch Auswirkungen und Nachteile für Außenstehende und die Allgemeinheit ergeben können, ist eine mehr zufällige Begleiterscheinung und nicht mit der Situation vergleichbar, die einem „verwaltungsrechtlichen" Übermaßverbot entspricht. Gegen Ausuferungen bei Ablauf

---

1 BAG, a.a.O.

2 Däubler, JuS 72, 643

eines Arbeitskampfes ist die Allgemeinheit hinreichend durch den Kampfparteien aufgegebene Mindestauflagen geschützt, wie das Erfordernis der Durchführung von Erhaltungsarbeiten und der Sicherstellung der öffentlichen Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern und Leistungen.

(b) § 3 StabG

Mit dem Hinweis auf das öffentliche Interesse an der Vermeidung von durch Arbeitskämpfe angerichteter Schäden darf nicht eine allgemeine Schranke gegenüber Streiks aufgebaut werden. Der Gesetzgeber hat in § 3 StabG eine unmittelbare Einflußnahme auf Tarifauseinandersetzungen abgelehnt, indem er nur Orientierungsdaten für die Kampfparteien gesetzt hat, deren Beachtung durch die Parteien zwar wirtschaftspolitisch wünschenswert, aber keine Rechtspflicht im Sinne einer rechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzung ist. Die Koalitionen entscheiden danach in eigener Verantwortung, ob sie sich im Rahmen der sogenannten „Konzertierten Aktion" halten. [1] Wie wollte der Richter auch überprüfen, ob die Streikenden die wirtschaftlichen Gegebenheiten hinreichend berücksichtigen, etwa zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen.

(c) Generalklausel der Gemeinwohlverträglichkeit

Dem entspricht es auch, daß das BAG insoweit den nicht objektiv faßbaren Begriff der Gemeinwohlverträglichkeit eines Arbeitskampfes verwendet: dieser Begriff ist weitgehend von subjektiven Wertungen abhängig und so flexibel und auslegungsfähig, daß er mangels eindeutig feststellbaren Inhalts als rechtliches Kriterium für die Frage, ob eine bestimmte Kampfmaßnahme rechtmäßig ist, unbrauchbar ist. Es handelt sich im Grunde nur um eine Generalklausel,von der der Präsident des BAG selbst zugibt, daß sie noch - ähnlich wie §§ 138, 242 BGB - der Konkretisierung bedarf [2]. Diese Generalklausel bringt einen erheblichen Unsicherheitsfaktor ins Arbeitskampfrecht, denn sie läßt eine so

---

1 Löwisch, ZfA 71, 322; Reuß, AuR 71, 357

2 Müller, RdA 71, 323

weitgehende Auslegung zu, daß eine Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit gerichtlicher Einzelentscheidungen, die Aufgaben höchstrichterlicher Rechtsprechung sind, nicht mehr gewährleistet sind. Das ist gerade im Arbeitskampfrecht, wo häufig die wirtschaftliche Existenz von Einzelpersonen wie von Organisationen auf dem Spiele steht, untragbar. [1]

Es besteht die Gefahr, daß unter Berufung auf eine mögliche Gefährdung des Gemeinwohls die Angemessenheit bestimmter Forderungen der Streikenden einer gerichtlichen Prüfung mit der Folge unterzogen werden, daß die Streikziele für unerlaubt erklärt werden, die nach dem jeweiligen Verständnis des entscheidenden Richters "gemeinschädlich" sind. Das läuft im Ergebnis auf einen bedenklich weitgehenden Eingriffsvorbehalt zugunsten der Judikative in die Streikfreiheit hinaus. [2]

(3) Privatrechtliche Ebene

Im übrigen fehlen für eine im öffentlichen Interesse erfolgende öffentlichrechtliche Beschränkung von Arbeitskämpfen eigentlich spezifische öffentlichrechtliche Sanktionen, etwa durch den Erlaß von Ordnungswidrigkeitsvorschriften oder einen Entzug der Fähigkeit, künftig rechtmäßige Arbeitskämpfe zu führen. Die Folgen eines nicht rechtmäßigen Arbeitskampfes sind vielmehr rein privatrechtlich am Vertragsbruch und einer Rechtsverletzung i.S.d. §§ 823 ff. BGB orientiert.

Aber auch vom privaten Vertrags- und Deliktsrecht her ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit nicht zu rechtfertigen [3], ganz davon abgesehen, daß der Große Senat diesen privatrechtlichen Denkansatz gerade nicht zur Rechtfertigung des Übermaßverbotes im Arbeitskampfrecht gewählt hat. Denn der Inhalt des Arbeitskampfrechts als eines Freiheitsrechts geht dahin - Ausnahmeverbote einmal ausgeklammert -, den Konflikt mit dem sozialen Gegenspieler zu suchen und ihn durch Ausübung eines Druckes und notfalls Schwächung zum Nachgeben in Richtung auf ein bestimmtes

---

1 Däubler, a.a.O., S. 642

2 Reuss, a.a.O., S.355; Däubler, a.a.O.

3 so aber Löwisch, a.a.O., S. 323 f.

Ziel zu bewegen. Dieser Inhalt des Arbeitskampfrechts wird in Frage gestellt, wenn ein inhaltlich genau entgegengesetztes Abwehrrecht der Arbeitgeberseite in Form des Rechts am Gewerbebetrieb richterrechtlich sanktioniert wird, um Arbeitskämpfe als Eingriffe in dieses Recht zu verbieten oder zumindest erheblich einzuschränken. Auf diese Weise wird künstlich eine Kollision zweier Rechte herbeigeführt, die die Beachtung des - zudem unpassenden - Gebots der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen soll [1]. Auch hier würde, ähnlich wie im Falle einer Anerkennung der Gemeinwohlverträglichkeit als Rechtmäßigkeitvoraussetzung, eine mit dem Inhalt des Arbeitskampfrechts nur schwerlich zu vereinbarende, sehr weitgehende richterliche Kontrolle über die Zulässigkeit von Arbeitskämpfen durch die "Hintertür" eingeführt.

C. Schlichtungsverfahren

Konkrete Folgerungen aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit zieht das BAG u.a. dadurch, daß es den Tarifparteien die Pflicnt auferlegt, ein Schlichtungsverfahren des näheren zu vereinbaren [2]. Allerdings läßt sich aus der Entscheidung nicht mit letzter Klarheit entnehmen, ob die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens als Rechtmäßigkeitvoraussetzung für Arbeitskämpfe angesehen werden soll. Wenn es dort heißt, daß Arbeitskämpfe nur nach Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten ergriffen werden dürfen [3], so ist daraus zunächst nur zu entnehmen, daß ein eine bestehende Schlichtungsvereinbarung mißachtender Streik rechtswidrig ist. Wenn es weiter heißt, daß ein Schlichtungsverfahren erforderlich sei [4], so scheint das zwar dafür zu sprechen, daß der Große Senat in jedem Fall die Durchführung eines irgendwie gearteten Schlichtungsverfahrens als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung verlangt; doch schwächt er diese Aussage wieder ab, indem er im Falle des Nichtbestehens von Schlichtungsvereinbarungen das Gebot der Verhältnismäßigkeit über die Zulässigkeit einer dennoch begonnenen Kampfmaßnahme entscheiden läßt [5].

---

1 Säcker, GewMH 72, 298

2 BAG, a.a.O., III A 3

3 BAG, a.a.O., III A 2 a

4 BAG, a.a.O.

5 BAG, a.a.O., III A 3

Doch wie soll eine solche Entscheidung aussehen, woran soll sich eine entsprechende Prüfung ausrichten? Es kann nicht dem Richter überlassen werden, über ein weiteres noch zumutbares Zuwarten der Kampfparteien etwa dahin zu entscheiden, ob die angestrebten Lohnerhöhungen dringlich genug sind, ob durch ein weiteres Zögern die Kampfposition der einen oder anderen Seite geschwächt wird oder ob überhaupt ein Schlichtungsversuch einen Arbeitskampf verhindert hätte. Abgesehen von den für den Richter sich daraus ergebenden Schwierigkeiten wäre das ein unzulässiger Eingriff in die autonome Willensentschließung der Koalitionen: denn die Beurteilung der Kampfsituation und die Bestimmung des richtigen Ergebnisses - und damit auch des Zeitpunkts, in dem es zu erzielen ist - muß den Kampfparteien überlassen werden [1].

Dem entspricht auch die geschichtliche Entwicklung. In der Vergangenheit sind fast sämtliche Streiks ohne Ausschöpfung aller friedlichen Möglichkeiten begonnen worden, ohne daß sie deshalb als rechtswidrig angesehen wurden. Das RAG [2], auf das sich einige Befürworter des Erfordernisses eines Schlichtungsverfahrens berufen [3], hat nur im Einzelfall für besondere Ausnahmesituationen - gemessen an der Grenze der Sittenwidrigkeit - einen ohne Ausschöpfung aller Einigungsmöglichkeiten begonnenen Streik als rechtswidrig betrachtet, wobei es zusätzlich den Vorwurf der Leichtfertigkeit und Unüberlegtheit gegenüber den Streikenden verlangte.

Es kann auch nicht von einem übereinstimmenden Willen der Koalitionen zur verbindlichen Festlegung entsprechender Regeln über den Zwang der Ausschöpfung von Verhandlungsmöglichkeiten vor einem Arbeitskampf gesprochen werden. Die am 7.9.54 zwischen dem DGB und der BDA geschlossene Schlichtungsvereinbarung [4] verbietet in § 7 lediglich Kampfmaßnahmen „während eines schwebenden Schlichtungsverfahrens." Eine weitergehende Verpflichtung der Parteien, vor jedem Kampfbeginn sich einem Schlichtungsverfahren zu unterwerfen, läßt sich daraus nicht entnehmen. Es wurden im Gegenteil

---

1 Zeuner, RdA 71, 5; Reuß, a.a.O., S. 359; Löwisch, a.a.O., S.339; Joachim, AuR 73, 294

2 RAG, ARS 2, 217; 5, 253

3 vgl. Schröder, BB 53, 1016

4 in RdA 54, 383

diesbezügliche Ergänzungsvorschläge seitens der Arbeitgeberverbände von der Gewerkschaftsseite zurückgewiesen. In § 4 der Neuen Arbeitskampfrichtlinien des DGB [1] heißt es ausdrücklich, daß „vor Beginn eines Arbeitskampfes Verhandlungsmöglichkeiten wahrgenommen werden, soweit dies den Gewerkschaften sinnvoll erscheint." Letzteres erscheint auch allein praktikabel. Es läßt sich kaum verbindlich feststellen, wie oft und wie lange sinnvoll verhandelt werden soll. Verhandlungstaktik und -dauer sind keine objektiv meßbaren Größen, nach denen man über die Rechtmäßigkeit eines Streiks entscheiden kann.
Liegt daher keine Schlichtungsvereinbarung zwischen den Parteien vor, kann ein ohne Schlichtungsversuch begonnener Arbeitskampf nicht rechtswidrig sein [2].
Besteht dagegen eine Schlichtungsvereinbarung, so ist zu unterscheiden, ob sie mit einem Anrufungszwang gekoppelt ist oder nicht. Im letzteren Fall sind die Parteien nicht gehalten, vor Kampfbeginn sich einem Einigungsversuch zu unterwerfen, da sonst die Vereinbarung eines Anrufungszwanges sinnlos und überflüssig wäre[3].

Eine Pflicht der Kampfparteien, vor Beginn eines Arbeitskampfes die Verständigungsmöglichkeiten auszunutzen, läßt sich dagegen bei bestehendem Anrufungszwang nicht leugnen. Ein die vertragliche Vereinbarung unbeachtet lassender Streik verletzt die Friedenspflicht und stellt eine Vertragsverletzung dar. Es ist aber nicht einzusehen, warum ein solcher Streik eine unerlaubte Handlung sein soll, wenn man für den Bereich des Arbeitskampfes an der Unterscheidung zwischen vertraglichem Unrecht und deliktischem Verhalten festhalten will. Dieser Unterschied darf nicht durch einen Begriff wie den der Verhältnismäßigkeit oder Sozialadaequanz verwischt werden, wenn nicht unser Schuldrecht - wie Bötticher [4] zu Recht sagt - sein Gesicht verlieren will. Es wurde auch bereits

---

1 in Quelle 74, 307

2 Nikisch, S. 121; Bötticher, BB 57, 622

3 Ramm, BB 61, 1168 f. und Kampfmaßnahme und Friedenspflicht, S. 129 f.; Nikisch, a.a.O.; Bötticher, a.a.O.; a.A. Siebrecht, S. 52; Brox-Rüthers, S. 142

4 Bötticher, a.a.O.

an anderer Stelle [1] darauf hingewiesen, daß nicht allein der Umstand der Tarifvertragswidrigkeit zur Annahme eines deliktischen Streiks ausreicht.

d. Urabstimmung

Eine in diesem Zusammenhang sehr wichtige und umstrittene Frage ist die nach der Rechtmäßigkeit eines ohne Urabstimmung durchgeführten Streiks. Diese Frage ist besonders im Sommer 1971 sehr aktuell geworden, als er im Bereich der Chemie-Industrie vielerorts zu befristeten, von der Gewerkschaft gebilligten Streiks kam, denen keine Urabstimmung voranging.

Welcher Ansicht der Große Senat bei diesem Meinungsstreit folgt, ist der Entscheidung nicht zweifelsfrei zu entnehmen. Er erwähnt lediglich das Urabstimmungsverfahren als Beispiel für Satzungsregelungen von Koalitionen [2]. Der Präsident des BAG [3] neigt dazu, das Erfordernis einer Urabstimmung nicht als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung eines Arbeitskampfes anzusehen: zwar spreche dafür, daß ein Arbeitskampf die Volkswirtschaft tangiere und die Arbeitnehmer, die immerhin ihren Arbeitsplatz aufs Spiel setzten, vorher gefragt werden müßten; andererseits erfasse die Befragung sowieso nur die organisierten Arbeitnehmer, während die Nichtorganisierten den Streik - soll er Erfolg haben - mittragen müßten, wie ja auch der durch den Arbeitskampf angestrebte TV i.d.R. für allgemeinverbindlich erklärt werde. Auch erfordere die Kampftaktik oft ein überfallartiges und überraschendes Vorgehen.

Diesen Argumenten kann nur zugestimmt werden. Auch der DGB, der zunächst in seinen auf dem Gründungskongreß in München vom 12. - 14.10.49 beschlossenen Richtlinien eine Urabstimmung - mit dem Erfordernis einer Zustimmung von 75 % der abstimmungsberechtigten Mitglieder - vor Beginn eines jeden Arbeitskampfes vorsah [4], ist in seinen Neuen Arbeitskampfrichtlinien vom 5.6.74 [5] von dieser Forderung abgerückt. In § 6 heißt es ausdrücklich: „ die Satzungen

---

1 vgl. oben S. 110

2 BAG, a.a.O., III A 3

3 Müller, RdA 71, 324, 325

4 in RdA 50, 71

5 in Quelle 74, 307

bzw. die Arbeitskampfrichtlinien der Gewerkschaften regeln die Frage, ob und gegebenenfalls wie vor der Einleitung von Kampfmaßnahmen eine Urabstimmung durchzuführen ist." Die Satzung der IG Chemie [1] hat schon immer von der Notwendigkeit einer Urabstimmung abgesehen, danach reicht allein der Beschluß des Hauptvorstandes aus [2].

Dennoch gibt es in der Literatur Stimmen, die einen ohne Urabstimmung durchgeführten Streik wegen Verletzung des ultima-ratio-Prinzips als rechtswidrig ansehen [3]. In dem Fall, daß die Verbandssatzung nicht das Erfordernis einer Urabstimmung enthält, will Nipperdey [4] aus ungeschriebenem zwingendem Berufsverbandsrecht eine Pflicht zur Durchführung einer vorherigen Urabstimmung ableiten. Das ultima-ratio-Prinzip - seine Anerkennung einmal unterstellt - bezweckt aber doch, durch das Aufstellen des Erfordernisses vorheriger Einigungsversuche dem sozialen Gegenspieler jeweils die Verhandlungsbereitschaft zu sichern. Es soll der Gegenseite die Möglichkeit eingeräumt werden, durch vorherige Zugeständnisse die durch den Kampf angestrebten Forderungen freiwillig zu erfüllen und damit den Arbeitskampf abzuwenden. Der Grundsatz der ultima ratio betrifft also allein das Verhältnis der Kampfparteien zueinander. Davon bleibt die Urabstimmung als bloß innerer Willensbildungsvorgang unberührt, sie bezieht sich allein auf das Verhältnis des Verbandes zu seinen Mitgliedern. Das Erfordernis der Urabstimmung beruht auf Satzungsgewalt und regelt nur internes Vereinsrecht, schafft aber keine Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen mit Außenwirkung.

Ein gesetzlich oder im Wege von Richterrecht geschaffenes gesetzesgleiches Gebot einer Urabstimmung wäre ein staatlicherseits

---

1 § 14 Nr. 1 der Satzung vom 1.1.64; ebenso die nachträglich geänderten Kampfregeln der IG-Bergbau und -Metall von 1955, AR-Blattei, Aktuelle Kurzberichte Nr. 1817

2 zur verfassungsrechtlichen Problematik: ArbG Düsseldorf, DB 73, 877

3 vgl. oben S. 111, Fn. 3

4 Hueck-Nipperdey, S. 1026

oktroyiertes Verbands-Organisationsrecht, was gegen das Grundrecht der Koalitions- und Vereinsfreiheit nach Art. 9 GG verstoßen würde [1]. Konsequenterweise müßte man dann auch eine gesetzliche Norm verlangen, die bestimmte, wer abstimmungsberechtigt und welches Abstimmungsverhältnis zu verlangen wäre. Im Hinblick auf Art. 3 GG müßten dann nicht nur die Gewerkschaften sondern auch die Arbeitgeberverbände diesem Organisationszwang unterworfen werden.

Von der Notwendigkeit einer Urabstimmung ist erst recht dann abzusehen, wenn man mit dem BAG [2] die Urabstimmung bereits als Kampfmaßnahme ansieht, denn bei Beginn der Kampfhandlungen ist die Schwelle der Ausschöpfung aller Verständigungsmöglichkeiten bereits überschritten [3].

Im übrigen ist ein ohne Urabstimmung durchgeführter Streik auch dann nicht rechtswidrig, wenn in der Satzung der den Arbeitskampf durchführenden Gewerkschaft eine solche vorgesehen ist. Ein solcher Streik kann allenfalls verbandswidrig sein [4]. Die Wirkung der Verbandswidrigkeit beschränkt sich aber auf das Verhältnis der Organe und Mitglieder zum Verband und untereinander, tritt also nur im Innenverhältnis ein [5]. Denn der Angriff richtet sich nur gegen den Verband bzw. das Mitglied und nicht gegen Dritte, weil diese nicht zu dem geschützten Personenkreis der Satzungsbestimmungen gehören.

e. Möglichkeit des Beschreitens des Rechtsweges

Während der Große Senat sich in seiner grundsätzlichen Entscheidung über das Verhältnis zwischen Arbeitskampf und Klageweg nicht äußert, leitet Nipperdey [6] aus dem Grundsatz der ultima ratio

---

1 Reuß, AuR 71, 358

2 BAG, AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht

3 ArbG Düsseldorf, DB 73, 878

4 dazu Hueck-Nipperdey, S. 986

5 Hueck-Nipperdey, a.a.O. u. S. 1025; Brox-Rüthers, S. 177 f.; Bührig, AuR 58, 373; Huber, S. 405; Niese, S. 42; a.A. Brandner BB 57, 1283; Reuter, DDB 58, 99

6 Hueck-Nipperdey, S. 1026 f.

ein weiteres Merkmal der Sozialadaequanz her, nämlich daß das Kampfziel nicht auf dem Rechtsweg erreicht werden dürfe.
Diese Ableitung ist aber in sich unlogisch. Lehnt man den Streik bei der Möglichkeit der Rechtswegbeschreitung als unzulässiges Mittel schlechthin ab, kann man das nicht dem ultima-ratio-Prinzip entnehmen, da sich die Frage der ultima ratio nur dort stellt, wo der Streik überhaupt ratio sein kann [1].
Die Meinung Nipperdeys, daß ein trotz gleichzeitiger Möglichkeit der Rechtswegbeschreitung geführter Streik sozialinadaequat sei, findet in der Literatur überwiegend Zustimmung [2]. Nach dieser Meinung handelt es sich beim Streik nicht um ein erweitertes Selbsthilferecht i.S.d. §§ 229 ff BGB - ganz davon abgesehen, daß dessen Voraussetzung gar nicht vorlägen -, sondern um ein Instrument zur Beilegung von Regelungsstreitigkeiten. Der Begriff der Regelungsstreitigkeit wurde als Gegensatz zur Rechtsstreitigkeit von Jacobi [3] geprägt und besagt folgendes: "Ein nur durch Willenseinigung zu erzielender rechtlicher Erfolg scheitert am Widerstreben der beteiligten Willen. Eine Entscheidung ist hier nur im Wege des Zwangsausgleiches der widerstrebenden Willen denkbar."
Ein Streik um die Durchsetzung bestehender Rechte würde auch mit anderen Instituten in Konflikt geraten, wie sich am Beispiel des Zurückbehaltungsrechtes zeige: der Arbeitgeber würde durch die Nichterfüllung der Ansprüche der Arbeitnehmer in Annahmeverzug hinsichtlich der Arbeitsleistung - mit der Folge des § 615 BGB - kommen, während bei einer Beurteilung dieser kollektiven Arbeitsverweigerung als Streik der Lohnanspruch der Arbeitnehmer nach allgemeinen Grundsätzen des Arbeitskampfrechtes entfiele [4].
Der Gerichtsschutz hat nach dieser Ansicht unbedingten Vorrang vor der Ausübung des Streiks: Dieser dürfe nicht den möglichen

---

1 vgl. Brox-Rüthers, S. 139 Fn 132
2 vgl. oben S. 111, Fn. 4
3 Jacobi, Grundlehren des Arbeitsrechts (1927), S. 148
vgl. auch Bötticher, Festschrift für Lent, S. 89 ff
4 vgl. Säcker, DB 69, 1941

Richterspruch durch das Faustrecht ersetzen [1].
So selbstverständlich, wie es die h.M. darlegt, ist der Vorrang des Gerichtsschutzes nicht, denn die Rechtsordnung gibt zuweilen mehrere Wege zur Durchsetzung eines Anspruches.
Es ist schwer verständlich, wenn die Rechtsordnung schon eine kampfweise Geltendmachung von Forderungen zuläßt, an der die Streikenden lediglich ein Interesse, auf die sie aber keinen Rechtsanspruch haben, daß dann der gleiche Vorgang, bei dem der Kampfpartei sogar noch ein Anspruch zusteht, unerlaubt sein soll. Bei Befolgung einer solchen Auffassung kommt man zu paradoxen Ergebnissen. So können die streikenden Arbeitnehmer, indem sie sich der Auffassung der Gegenseite anschließen, daß kein Rechtsanspruch auf die erstrebte Forderung bestehe, aus einem rechtswidrigen ein rechtmäßiges Kampfziel machen. Oder der Kampfgegner erhebt aus taktischen Gründen eine negative Feststellungs- bzw. Unterlassungsklage, auch wenn er um die Erfolglosigkeit dieser Klage weiß, wodurch der Streik rechtswidrig wird, da die Streikenden die Entscheidung über die Berechtigung ihrer Forderung auf dem Rechtsweg suchen können. Diese Beispiele mögen etwas überspitzt sein, sie zeigen aber doch deutlich, welchen Zufallsergebnissen die herrschende Ansicht ausgesetzt ist. Überhaupt steht doch erst mit Rechtskraft des Urteils fest, ob der geltendgemachte Anspruch besteht. Es stellt dann praktisch der Richter im Falle der Versagung des Anspruches fest, daß ein seinerzeit begonnener Streik rechtmäßig gewesen wäre. Das bringt für eine streikwillige Partei eine unerträgliche Rechtsunsicherheit mit sich.
Zwar ist es richtig, daß im Gegensatz zu den Regelungsstreitigkeiten, die nur mit dem Kampfziel des Streiks geführt werden können, Rechtsstreitigkeiten durch den einzelnen Arbeitnehmer vor Gericht ausgetragen werden können. Doch ist der Gerichtsschutz oft wertlos, wenn man bedenkt, daß die Möglichkeit einer

---

1 vgl. Brox-Rüthers, S. 139; einschränkend Nikisch, S. 123 ff., der zwar grundsätzlich der h.M. zustimmt, es aber nicht als Rechtsfrage ansieht, wenn von einem Recht kein Gebrauch gemacht oder eine durchgeführte rechtliche Maßnahme zurückgenommen werden soll

Klage durch eventuell drei Instanzen in vielen Fällen kaum eine ausreichende Hilfe für die betroffenen Arbeitnehmer darstellt. Außerdem muß der einzelne Arbeitnehmer selbst bei einem für ihn günstig lautenden Urteil mit möglichen Sanktionen seitens des Arbeitgebers, dem er als Einzelner schutzlos gegenübersteht, rechnen. Es ist auch aus diesem Grunde durchaus sinnvoll, auch für die Austragung von Rechtsstreitigkeiten das Mittel des Arbeitskampfes zuzulassen, da es doch gerade Sinn des Streiks ist, die Stellung der Arbeitnehmer durch ihr gemeinsamens Vorgehen zu bestärken. Überhaupt dürfte allein diese Ansicht dem Gebot der Waffengleichheit Rechnung tragen, da nun einmal der einzelne Arbeitnehmer gegenüber dem mit dem Machtmittel des Produktionsapparates ausgerüsteten Arbeitgeber selbst bei der Möglichkeit der Gewährung von Gerichtsschutz weit unterlegen ist. Es kann dann selbst der Nachteil, der bei der Ausübung des Streiks im Fortfall der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers liegen kann (§ 615 BGB),in Kauf genommen werden, bedenkt man die größere Durchschlagskraft und zeitlich schnellere Wirkung des Streiks und die damit einhergehende größere Sicherheit für den Arbeitnehmer. Außerdem tritt in den meisten Fällen kaum ein spürbarer finanzieller Verlust ein: bei einem gewerkschaftlich organisierten Streik trägt die Gewerkschaft einen Hauptteil der Unkosten der Arbeitnehmer, zudem wird dem durch den Streik erstrebten Lohntarif oft rückwirkende Kraft beigelegt.
Ein Streik um bestehende Ansprüche stellt auch kein Faustrecht dar. Die Institution des Arbeitskampfes ist eine Besonderheit des kollektiven Arbeitsrechts, die man nicht unbedingt mit der Situation auf anderen Rechtsgebieten vergleichen kann. Man könnte andernfalls erst recht den Kampf um die Änderung des "status quo", also um eine Regelungsstreitigkeit, als Faustrecht bezeichnen.
Zu erwägen ist, ob nicht gänzlich auf die Unterscheidung Regelungs- und Rechtsstreitigkeit verzichtet und stattdessen allein darauf abgestellt werden sollte, ob sich die Maßnahme im kollektiven oder individuellen Rechtsraum abspielt. Das würde bedeuten, daß es auf individueller Ebene den einzelnen Arbeitnehmern freisteht, die Gerichte anzurufen bzw. sonstige Einzelmaßnahmen vorzunehmen. Dagegen würde jede kollektive Arbeitseinstellung der Arbeitnehmer - egal, ob es sich um eine Regelungs-

oder Rechtsstreitigkeit handelt - einen Streik darstellen, wobei dann dieser Arbeitskampf nicht allein wegen des Umstandes, daß er um einen bestehenden Anspruch geführt wird, rechtswidrig sein kann. Für diese These spricht der Umstand, daß eine Unterscheidung zwischen einem kollektiv ausgeübten Zurückbehaltungsrecht und einem Arbeitskampf kaum durchführbar sein dürfte. So mußte das BAG [1], das zunächst die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes als Individualakt auf dem Boden des Arbeitsvertrages und den Streik als Kollektivmaßnahme betrachtete, einsehen, daß in objektiver Hinsicht kein Unterschied zwischen beiden Instituten besteht, da auch das Zurückbehaltungsrecht in gewollten Zusammenwirken erfolgen kann. Auch der Versuch, einen subjektiven Unterschied zu entdecken, darf als erfolglos gelten, jedenfalls wenn man den Streik auch als ein Instrument zur Durchsetzung eines Individualrechts ansieht. Diese Frage sollte an dieser Stelle aber nur angeschnitten werden, eine Vertiefung erfolgt bei der Erörterung der Problematik des wilden Streiks.

Es muß also entgegen der h.M. festgestellt werden, daß ein Streik nicht allein schon deshalb rechtswidrig sein kann, weil das mit ihm verfolgte Ziel auch auf dem Rechtsweg erreicht werden könnte [2]

e. Faire Kampfführung

Nach Ansicht des Großen Senates ist auch bei der Durchführung eines Arbeitskampfes der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten: danach ist ein Arbeitskampf nur dann rechtmäßig, wenn und solange er nach den Regeln eines fairen Kampfes geführt wird[3]. Ebenso hatte Nipperdey [4] bereits verlangt, daß der sozialadaequate Streik eine faire, d.h. von der Rechtsordnung nicht mißbilligte Kampfführung voraussetzt.

Daß die Kampfführung die Regeln der Rechtsordnung zu befolgen gehalten ist, dürfte selbstverständlich sein. Doch erscheint der Begriff der „Fairneß" wenig geeignet, die von der Rechtsordnung

---

1 BAGE 3, 280

2 Bovensiepen, AuR 57, 195 ff; Bührig, BetrVerf 58, 85; Reuss, Juristen-Jahrbuch, Bd. 4 S. 169 ff und DB 65, 818

3 BAG, a.a.O., III A 2 b

4 vgl. oben S. 111, Fn. 5

als Voraussetzung einer erlaubten Kampfführung abgesteckten Grenzen zu umreißen. Der Begriff der Fairneß ist zu unbestimmt und dehnbar; es gibt zu unterschiedliche Meinungen darüber, wo die Grenze der Fairneß endet. Hier zeigt sich wieder deutlich die Notwendigkeit des Rückgriffes auf § 826 BGB. Die Grenze der Zulässigkeit des Streiks ist dort zu ziehen, wo der Kampf nach seinem Zweck oder den angewandten Mitteln gegen die guten Sitten verstößt. Wenn Nipperdey [1] demgegenüber meint, der Begriff der Sittenwidrigkeit sei ebenso ein unbestimmter, wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriff, so ist dem entgegenzuhalten, daß der im Gesetz festgehaltene Begriff der Sittenwidrigkeit durch eine überlieferte, gefestigte Rechtsprechung klar umrissen ist. Nipperdey [2] gibt selbst zu, daß die unter dem Aspekt der Fairneß zu würdigenden Fälle bislang als sittenwidrig i.S.d. § 826 BGB angesehen wurden. Es wird also lediglich ein neuer Begriff vorgeschoben, um jeden Verdacht einer Anlehnung an § 826 zu vermeiden. Daher können im Folgenden die unter den Begriff der Fairneß bzw. der Sittenwidrigkeit fallenden Fallgruppen gemeinsam behandelt werden.

(1) Unzulässige Mittel

Die Sittenwidrigkeit eines Streiks kann sich aus seiner Führung mit unzulässigen Mitteln ergeben.

(a) Aufnahme gesetzeswidriger Handlungen in den Kampfplan

So wird ein Streik sicherlich dadurch sittenwidrig, daß die Kampfleitung gesetzeswidrige oder strafbare Handlungen in den Kampfplan aufnimmt [3]. Überwiegend wird eine Sittenwidrigkeit auch dann bejaht, wenn die Kampfleitung strafbare Handlungen zwar nicht geplant hat, aber gegen ihr bekannte Gewaltmaßnahmen nicht einschreitet [4].

Dieser Meinung ist jedoch nur unter Einschränkung zu folgen. Es ist zu bedenken, daß es fast bei jedem Streik größeren Ausmaßes angesichts der Vielzahl der daran Beteiligten und der verfolgten

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 1029 Fn. 79 a

2 Hueck-Nipperdey, S. 1028

3 Siebrecht, S. 69; Nikisch, S. 141; Brox-Rüthers, S. 145; Hueck-Nipperdey, S. 1029

4 vgl. LAG Frankfurt, RdA 50, 427, 430; Hueck-Nipperdey, S. 1029, Nikisch, S. 141 Fn. 52

Zielsetzung zu Einzelausschreitungen kommt. Hier ist es der Kampfleitung trotz Kenntnis dieser Vorgänge oft nicht zumutbar oder möglich, schlichtend einzuschreiten. Man wird auch in der Regel nicht durch solche Einzelausschreitungen dem Gesamtgepräge des Streiks den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken können. Man käme sonst praktisch zu einer sukzessiven Mittäterschaft zwischen Streikleitung und Einzeltäter [1]. Eine Mittäterschaft setzt aber ein gewolltes und bewußtes Zusammenwirken voraus, was man nicht schon allein im Nichteinschreiten der Kampfleitung sehen kann. Daher ist es angemessen, in diesen Fällen nur dann den gesamten Streik als sittenwidrig anzusehen, wenn die Streikleitung die gesetzeswidrigen Einzelmaßnahmen ausdrücklich billigt.

(b) Wahrheitswidrige Kampfpropaganda

Auch das Betreiben einer wahrheitswidrigen Kampfpropaganda durch die Streikleitung kann den Streik sittenwidrig machen [2]. Zu berücksichtigen ist aber, daß bei einem solchen Kampf radikaler Art in den propagandistischen Erklärungen der Kampfparteien über das Ausmaß und Gewicht ihres Kampfes sehr leicht Übertreibungen vorkommen. Man wird daher die Kampfführung nur dann als sittenwidrig bezeichnen können, wenn die Mitteilungen bewußt und offensichtlich wahrheitswidrig sind [3].

(2) Mittel-Zweck-Relation

Die Sittenwidrigkeit eines Streiks kann sich auch aus der Mittel-Zweck-Relation ergeben.

(a) Mißverhältnis von Streikziel und -schaden

Weitverbreitet ist die Ansicht, der Streik sei dann sittenwidrig (unfair), wenn der dem Streikgegner zugefügte Nachteil zum angestrebten Vorteil in keinem erträglichen Verhältnis stehe [4]. Es sei eine sittliche Pflicht, vor Beginn des Kampfes gewissenhaft zu prüfen, ob das Kampfziel den Einsatz der vorgesehenen Machtmittel rechtfertigt. So dürfen nach Ansicht des Großen Senat

---

1 vgl. Niese, S. 71

2 RAG, ARS 2, 217 (226); Hueck-Nipperdey, S. 1029; Brox-Rüthers, S. 145; Nikisch, S. 140 ff

3 so auch LAG Frankfurt, a.a.O. S. 430

4 RAG, ARS 1, 100; RGZ 93, 304; Hueck-Nipperdey, S. 1029 ff; Brox-Rüthers, S. 147 ff; Nikisch, S. 141

die Mittel des Arbeitskampfes ihrer Art nach nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des erstrebten Zieles jeweils erforderlich ist. [1]

Dieser Gedanke, den die Rechtsprechung vor allem für den Boykott entwickelt hat, läßt sich nicht ohne weiteres auf den Streik anwenden. Sonst käme man denknotwendig auch zu einem Verbot des Streiks, der nur um geringfügige Kampfforderungen geführt wird [2], was aber selbst von der h.M. abgelehnt wird [3]. Es kann beispielsweise leicht vorkommen, daß sich die Parteien in Schlichtungsverhandlungen weitestgehend einigen und der endgültige Vergleich nur an einer geringfügigen Differenz scheitert. Dann kann man aber nicht sagen, der wegen einer solchen Differenz geführte Streik sei sittenwidrig, weil der angestrebte Vorteil zum zugefügten Nachteil in einem unerträglichen Mißverhältnis steht. Dieser Grundsatz läßt sich auch nicht aus dem ultima-ratio-Prinzip herleiten, denn für dieses Prinzip spielt das Verhältnis von Mittel und Zweck keine Rolle [4]. In Ausnahmefällen kann der Grundsatz höchstens insoweit relevant werden, als ein Streik dann als sittenwidrig erscheint, wenn er um eine ganz belanglose Einzelmaßnahme geführt wird, zu der der durch einen Arbeitskampf in der Regel angerichtete wirtschaftliche Schaden in einem krassen Mißverhältnis steht [5]. Eine weitere Ausdehnung dieses Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit über diese Ausnahme-fälle hinaus würde zu dem nicht wünschenswerten Ergebnis führen, daß die Kampfpartei zwecks Vermeidung des Makels der Sittenwidrigkeit bewußt überhöhte Kampfforderungen stellt.

---

1 BAG, a.a.O., III A 2 b

2 so etwa Siebrecht, S. 53

3 Hueck-Nipperdey, S. 1030; Brox-Rüthers, S. 150; vgl. auch BGH, NJW 66, 1617

4 vgl. Nikisch, S. 142 ff; a.A. aber Siebrecht, S. 42; Osswald, S. 37, die die Sittenwidrigkeit allein schon daraus ableiten, daß die Mittel zur friedlichen Beilegung des Streiks nicht erschöpft worden sind

5 vgl. Niese, S. 77

(b) Gefahr der Existenzvernichtung des Streikgegners
Ein Streik, der die Existenzvernichtung des Kampfgegners bezweckt, ist sicherlich sittenwidrig [1]. Ein solcher Fall wird aber wohl kaum praktisch werden, da dann an die Stelle der wirtschaftlichen Verbesseung der Verlust der Arbeitsplätze treten würde. Ein Streik dieser Art würde sich auch mangels eines erlaubten Zieles gar nicht in den Grenzen der Streikfreiheit halten, da bei einem vorhandenen Vernichtungswillen nicht gleichzeitig die Verbesserung der Arbeitsbedingungen erstrebt werden kann.
Eine andere Frage ist es, ob auch ein Streik, der durch die drohende Gefahr der Existenzvernichtung den Gegner zum Nachgeben zwingen will, sittenwidrig ist. Diese Frage wird teilweise uneingeschränkt bejaht [2]. Dabei wird aber zu wenig berücksichtigt, daß der Streik eine wettbewerbsähnliche Funktion hat, so daß bei einem Untergang unwirtschaftlich geführter Unternehmen angesichts des durch den Streik erstrebten Zieles der Kampf nicht dadurch sittenwidrig wird. Das gilt insbesondere bei Verbandskämpfen: werden hier einzelne schwächere Betriebe in ihrer Existenz vernichtet, hat das auf die Rechtmäßigkeit des Streiks keinen Einfluß, denn diese kann sich nicht nach der Widerstandsfähigkeit der finanziell schwächsten Betriebe richten [3].

(c) Schaden für die Allgemeinheit
Ein Streik kann dadurch sittenwidrig werden, daß er einen unabsehbaren Schaden für die Allgemeinheit mit sich bringt [4]. Gänzlich abgelehnt wird diese Gemeinwohlbindung der Kampfparteien von Ramm [5], der darin einen unzulässigen staatlichen Eingriff in die Tarifautonomie sieht.

---

1 BAG, a.a.O., III A 2 b; Hueck-Nipperdey, S. 1031 Fn. 87 a; Brox-Rüthers, S. 148 ff; Reuss, Juristen-Jahrbuch Bd. 4, S. 188; LAG Frankfurt, RdA 50, 427

2 Nikisch, S. 141; Niese, S. 74

3 so auch Hueck-Nipperdey, S. 1031 Fn. 87 a; Reuss, a.a.O.; Brox-Rüthers, S. 149

4 Nikisch, S. 141; Hueck-Nipperdey, S. 1031

5 Ramm, Kampfmaßnahmen und Friedenspflicht, S. 117 ff; ebenso Hoffmann, AuR 68, 43

Dabei übersieht Ramm aber, daß jede Ausübung subjektiver Rechte - auch die des Streikrechts - nur in den Schranken des Gemeinwohls zulässig ist. Selbst wenn man das Streikrecht verfassungsrechtlich als durch Art. 9 III GG garantiert ansieht, unterläge es immer noch den immanenten Schranken des Grundgesetzes. Das kann allerdings nicht heißen, daß beispielsweise ein Generalstreik allein aus diesem Grunde sittenwidrig ist [1], er kann aber wegen einer möglichen politischen Zielsetzung rechtswidrig sein [2]. Jedenfalls überschreitet ein Arbeitskampf bei einer unerträglichen Schädigung des Gemeinwohls die Grenze der guten Sitten.

(d) Streik in lebenswichtigen Betrieben

Eng damit verbunden ist die Frage nach der Sittenwidrigkeit eines Streiks in lebenswichtigen Betrieben (z.B. Versorgungsbetrieben, Krankenhäusern).

Teilweise werden solche Arbeitskämpfe im Hinblick auf das Mißverhältnis von Mittel und Zweck [3] oder wegen eines Verstosses gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung [4] schlechthin für unzulässig erklärt.

Die letztere Begründung verkennt die wertsetzende Bedeutung der Grundrechtsbestimmungen für die Inhaltsausfüllung der Begriffe "öffentliche Sicherheit und Ordnung". Wenn auch darüber gestritten werden kann, ob die Streikfreiheit ein geschütztes Grundrecht darstellt [5], so ist sie auf jeden Fall ein wesentliches Element unserer rechtsstaatlichen und sozialen Grundordnung [6]. Man kann die Unzulässigkeit bzw. Sittenwidrigkeit solcher Arbeitskämpfe nur mit dem Verbot der Schädigung der Allgemeinheit begründen. Dann geht aber ein generelles Kampfverbot in solchen Betrieben über das erforderliche Maß hinaus. Werden während des Streiks Notdienste aufrechterhalten, die eine

---

1 vgl. Bobrowski-Gaul, H II, 13

2 vgl. Kaiser, S.31

3 so Brox-Rüthers, S. 69, 150; Stein, Die Beurteilung von Arbeitskämpfen in lebenswichtigen Betrieben, Münsterer Dissertation 1967

4 so v. Münch, DÖV 60, 294

5 dazu Näheres bei der Erörterung des wilden Streiks, S. 142 f.

6 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 1030 Fn. 83

Gefährdung der Allgemeinheit verhüten, ist gegen einen Streik auch in diesem Bereich nichts einzuwenden [1].
Überhaupt wird man die Notwendigkeit der Durchführung von Notarbeiten auf alle Arbeitskämpfe anwenden müssen [2]. Das ergibt sich aus der erforderlichen Zielsetzung des Streiks: eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen kann nur bei Fortbestehen des Arbeitsplatzes erreicht werden, was eine Erhaltung des Produktionsapparates voraussetzt. Der Umfang der Erhaltungsarbeiten wird an der Verhältnismäßigkeit zwischen erstrebtem Vorteil und bewirktem Schaden zu messen sein. Dabei entsteht diese Pflicht nicht schon bei jedweder Schädigung des Betriebes [3], vielmehr dürfte die Grenze der Sittenwidrigkeit erst bei unerträglichen Schäden überschritten sein.

(e) Volkswirtschaftliche Berechtigung der Streikforderung
Ein Sittenverstoß wird von manchen Autoren auch aus der volkswirtschaftlichen Berechtigung und Angemessenheit der Kampfforderungen abgeleitet. So wird ein Streik schon dann als sittenwidrig angesehen, wenn er die Lohn-Preis-Relation durch überhöhte Lohnforderungen ändert und damit das vorhandene Gleichgewicht stört [4].
Lohnerhöhungen stellen aber doch nur einen von vielen preissteigernden Faktoren dar, so daß die Kampfpartei in der Regel gar nicht in der Lage ist, die Auswirkungen ihrer Lohnforderungen auf das Preisgebilde zu überschauen. Es darf auch nicht angesichts einer fehlenden rechtlichen Verpflichtung der Arbeitnehmerschaft bzw. der Gewerkschaft zu einer produktivitäts- und wirtschaftswachstumsorientierten Lohnpolitik die Verantwortung der Gesamtwirtschaft für einen gesunden Lebensstandard auf die Schultern

---

1 vgl. Söllner, S. 91; Reuss, Juristen-Jahrbuch, S. 189
2 so auch § 8 der Neuen Arbeitskampfrichtlinien des DGB, Quelle 74, 307
3 so aber Siebrecht, S. 96
4 so Bulla, AR-Blattei, Arbeitskampf II E, III 1 b bb) (8); Dörk, Der Streik als unerlaubte Handlung i.S.d. § 826, S. 97 f Rasch, BB 74, 1220

der Arbeitnehmer abgewälzt werden [1]. Mit welchen Kriterien soll außerdem die Grenze der Sittenwidrigkeit (Unfairneß) im Rahmen der Einflußnahme der Lohnforderungen auf das Lohn-Preis-Niveau bestimmt werden? Der von Dörk [2] angestellte Vergleich mit dem Wucher scheitert daran, daß für den Wucherbegriff mit der Vergleichsmöglichkeit von gefordertem Preis und tatsächlichem Sachwert ein verhältnismäßig klarer Maßstab vorhanden ist, der bei dem nur wenig objektiv meßbaren Lohn-Preis-Niveau gerade fehlt. Schließlich bleibt unklar, welches Lohn- und Preisniveau maßgebend sein soll: das eines einzelnen Wirtschaftszweiges oder der Gesamtwirtschaft [3]? Auch die Bildung eines neutralen Sachverständigenrates [4] hat zu keinem anderen Ergebnis geführt. Sonst käme man praktisch zu einem staatlich gelenkten, verbindlichen Sachverständigenschiedsspruch, dem auch eine staatliche Preisbindung folgen müßte. [5] Im übrigen hat der Gesetzgeber im Stabilitätsgesetz entschieden, daß die „Orientierungsdaten" keine rechtsverbindlichen Daten sind, sondern die Koalitionen in eigener Verantwortung zu entscheiden haben. [6]

(f) Kampftaktik

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß sich die Sittenwidrigkeit eines Streiks nicht aus der Ansetzung des Beginns der Kampfhandlung auf einen der Kampfpartei taktisch günstig erscheinenden Zeitpunkt und einer daraus herrührenden besonders empfindlichen Schädigung des Gegners ergibt [7]. Die Kampftaktik liegt grundsätzlich im Ermessen der Kampfparteien. Es ist doch gerade der Sinn der Arbeitskämpfe, den sozialen Gegenspieler

---

1 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 1031; Reuss, AuR 66, 98 ff; Söllner, AuR 66, 263; Säcker, BB 67, 681

2 Dörk, a.a.O., S. 97 ff

3 vgl. Schnorr, RdA 55, 223, 224

4 vgl. BGBl. I, S. 685 (v. 14.8.1963)

5 dazu Brox-Rüthers, S. 151

6 vgl. oben S. 115

7 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 1029 Fn. 81; Nikisch, S. 141; Brox-Rüthers, S. 150; LAG Frankfurt, RdA 50, 431

durch einen Angriff auf seine schwächsten und leicht verwundbaren Stellen zum Nachgeben zu zwingen. Würde den Streikenden eine weitestgehende Schonung des Gegners zur Auflage gemacht, würde der Streik zu einem stumpfen Schwert degradiert. Allerdings liegt die Ermessensgrenze wiederum dort, wo die Gefahr der Existenzvernichtung des Gegners besteht oder unerträgliche Schäden für das Gemeinwohl drohen, etwa wenn die Erntearbeiter während der gesamten Erntezeit streiken [1].

5. Zusammenfassung

Abschließend kann zum deliktischen Streik folgendes gesagt werden. Nach dem hier vorgebrachten Lösungsvorschlag soll die Umreißung des deliktischen Streiks durch den Tatbestand des § 826 erfolgen. § 826 verlangt zu seiner Tatbestandserfüllung eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung. Eine vorsätzliche Schädigung beinhaltet jeder Streik, da er ja eine wirtschaftliche Schwächung des Kampfgegners bezweckt. Da aber der Arbeitskampf als erlaubtes Kampfmittel anerkannt ist, kann allein in einer solchen Schädigung nicht schon ein Sittenverstoß i.S.d. § 826 liegen. Somit stellt ein Streik, der sich in den Grenzen der Streikfreiheit hält, keine unerlaubte Handlung i.S.d. § 826 dar. Erst wenn diese Grenzen überschritten sind, ist ein Verstoß gegen die guten Sitten zu prüfen.

Ein sich im Rahmen der Streikfreiheit haltender Arbeitskampf muß grundsätzlich zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gegen den sozialen Gegenspieler geführt werden. Er hat sich nach den Grundsätzen des kollektiven Arbeitsrechts zu richten, so darf er beispielsweise nicht gegen das Verbot des § 74 II BetrVerfG verstoßen.

Ob die Parteien tariffähig sein und um ein tariflich regelbares Ziel kämpfen müssen, soll erst im Rahmen der Erörterung der Rechtmäßigkeit des wilden Streiks geprüft werden.

Weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen, wie etwa die Ausschöpfung aller Schlichtungs- und Einigungsmöglichkeiten oder die fehlende

---

1 vgl. Reuss, Juristen-Jahrbuch Bd. 4, S. 185; Brox-Rüthers, S. 150

Möglichkeit, das erstrebte Ziel auf dem Rechtsweg erreichen zu können, sind abzulehnen.
Eine vorsätzliche Schädigung, die durch einen solchen, sich in den Grenzen der Streikfreiheit haltenden Arbeitskampf bedingt ist, erfüllt also allein nicht den Tatbestand des § 826.
Ein Streik kann aber seinem Zweck oder den angewandten Mitteln nach gegen die guten Sitten verstoßen und damit eine unerlaubte Handlung i.S.d. § 826 darstellen. Als Maßstab für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit sah die Rechtsprechung ursprünglich den Standpunkt aller billig und gerecht Denkenden als maßgeblich an, später erachtete sie die Anschauungen der am Arbeitsleben beteiligten Kreise als entscheidend.
Dabei ist ein Sittenverstoß einmal dann zu bejahen, wenn die Kampfleitung strafbare Handlungen einplant bzw. billigt oder bewußt gröblich wahrheitswidrige Propaganda betreibt, zum anderen ist er auch dann gegeben, wenn der Streik die Gefahr der Existenzvernichtung des Gegners heraufbeschwört oder einen unabsehbaren Schaden für das Gemeinwohl herbeiführt.

## D. Der wilde Streik

Unter wildem Streik versteht man einen nicht von der Gewerkschaft organisierten und geführten Arbeitskampf [1]. Mit dem Adjektiv "wild" sollte dieser Streikart wahrscheinlich von vornherein ein aus der Emotion herrührender abwertender Stempel aufgedrückt werden [2]. Trotzdem soll hier angesichts der Üblichkeit dieser Bezeichnung - allerdings ohne abwertende Absicht - an diesem Begriff festgehalten werden.
Manche Autoren sehen neuerdings die Tarifunfähigkeit der Kampfpartei als das wesentliche Begriffsmerkmal des wilden Streiks

---

1 BAG, AP 32, 33, 41 zu Art. 9 Arbeitskampf; Hueck-Nipperdey, S. 873, 897; Brox-Rüthers, S. 30 ff; 129; Löwisch-Hartje, RdA 70, 321, 322

2 diesen Vorwurf erhebt auch Ramm, AuR 71, 65 Fn. 1

an [1]. Der Standort des wilden Streiks bleibt danach der gleiche, da auf Arbeitnehmerseite nur die Gewerkschaften tariffähig sind. Diese Meinung muß aber wegen der dem einzelnen Arbeitgeber eingeräumten Tariffähigkeit die Möglichkeit einer wilden Aussperrung leugnen [2], obwohl doch in der Praxis dem nicht gewerkschaftlichen Streik die von den einzelnen Arbeitgebern vorgenommene Aussperrung entspricht. Sie vermengt auch unnötigerweise Merkmale der Rechtmäßigkeit mit dem Begriff des wilden Streiks. Es wurde auch umgekehrt die Auffassung vertreten, nur von einer tariffähigen Partei könne ein wilder Streik durchgeführt werden und zwar im Falle eines Verstoßes gegen die Friedenspflicht [3].
Diese Meinung hat sich aber nicht durchzusetzen vermocht. Es bleibt also dabei, daß ein wilder Streik ein nicht gewerkschaftlich geführter Arbeitskampf ist. Die Frage nach der Zulässigkeit dieser Streiks ist seit dem Sommer 1969 angesichts der damaligen vielerorts erfolgten spontanen Arbeitsniederlegungen ohne gewerkschaftliche Zustimmung wieder sehr aktuell geworden.
Dem 8-Punkte-Katalog Nipperdeys zur Sozialadaequanz [4] folgend, der u.a. auch die Tariffähigkeit der Kampfparteien vorsieht, betrachten das BAG [5] und ein beachtlicher Teil der Literatur [6] die wilden Streiks als sozialinadaequat. Vor der Aufstellung dieses Kataloges herrschte in Rechtsprechung und Wissenschaft Einigkeit

---

1 Bell, Wilde Arbeitskämpfe, Dissertation Köln (1966), S. 1 ff; Steinert, Notstands- und Streikarbeit bei Arbeitskämpfen, Dissertation Köln (1968), S. 22

2 so folgerichtig Bell, a.a.O. u. Steinert, a.a.O.; ebenso Siebrecht, S. 21, trotz des Ausgangspunktes der h.M.

3 Lavall, Die Arbeitskammer, 53, 88; Hertel, Der Arbeitskampf im Spiegel der Rechtsordnung, S. 6

4 vgl. S. 87 f.

5 BAGE 15, 174 (AP Nr. 32 zu Art. 9 Arbeitskampf), bestätigt durch BAG, AP Nr. 41 zu Art. 9 Arbeitskampf

6 Brox-Rüthers, S. 129 ff; Dietz, ZAS 70, 47, 48; Hueck, RdA 68, 430, 432; Daum, RdA 68, 80, 86; Bulla, AR-Blattei "Arbeitskampf II E"

darüber, daß der wilde Streik keine unerlaubte Handlung darstelle. Auch heute sieht noch eine weit verbreitete Ansicht im Schrifttum [1] vom Erfordernis der Tariffähigkeit der am Arbeitskampf beteiligten Parteien ab. Einige Autoren wiederum differenzieren zwischen Streiks, deren Gegenstand Fragen der üblichen gewerkschaftlichen Zuständigkeit betrifft, und rein betriebsbezogenen wilden Streiks, wobei sie letztere unter bestimmten Voraussetzungen als rechtmäßig ansehen [2].

Die Septemberstreiks haben nun die Diskussion über die Erlaubtheit wilder Streiks wieder ins Rollen gebracht, wobei hauptsächlich unter rechtspolitischen Aspekten argumentiert wird [3]. So wirft Rüthers [4] unter dem Eindruck der September-Ereignisse die Frage auf, ob angesichts des Zwiespaltes zwischen Norm und Realität nicht Veranlassung bestehe, die Norm an die Wirklichkeit anzupassen, denn immerhin blieben diese Arbeitskämpfe ohne jede Sanktion, ja wurden von amtlicher Stelle sogar wohlwollend betrachtet; außerdem erschienen die damaligen Forderungen der Arbeitnehmer in Anbetracht der Hochkunjunktur nicht als unberechtigt. Diese rechtspolitischen Erörterungen können aber erst Gewicht erlangen, wenn man der Prämisse Rüthers - eine Diskrepanz zwischen Norm und Wirklichkeit - zustimmt. Die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes, also die Abwertung des wilden Streiks als rechtswidrig, gilt es aber gerade zu untersuchen.

## I. Die verfassungsrechtliche Lage

Aufschluß über die rechtliche Bewertung des wilden Streiks könnte eine Klärung des Verhältnisses unseres Grundgesetzes zur Streikfreiheit geben. Im Falle einer verfassungsrechtlichen Gewähr-

---

1 Nikisch, S. 119, 166; Ramm, RdA 68, 412 ff; AuR 71, 65 ff; Reuss AuR 65, 97,100; Weller, AuR 67, 76; Grunsky, Jus 67, 60, 63

2 Neumann-Duesberg, DB 63, 1444; neuerdings auch Rüthers, JZ 70 625

3 Hanau, "Blick durch die Wirtschaft" v. 6.10.1969 und, Der Arbeitgeber, 70, 404; Zöllner, DB 70, 54; Weitnauer, DB 70, 1639 ff; Knevels, Der Arbeitgeber 70, 729 ff

4 Rüthers, DB 70, 2120 ff

leistung oder Billigung des Streikrechts könnte das Grundgesetz auch die Entscheidung getroffen haben, ob und inwieweit der Gewerkschaft ein Streikmonopol zusteht. Der Ansatz- und Hauptstreitpunkt ist dabei die Frage nach dem Umfang des Grundrechts der Koalitionsfreiheit, denn als Spezialfall der allgemeinen Vereinigungsfreiheit gewährleistet die Koalitionsfreiheit des Art. 9 III GG die Vereinigungsfreiheit auf dem besonderen Gebiet des Arbeits- und Wirtschaftslebens.
Sollten nur gewisse Verbände, etwa die mit Tariffähigkeit ausgestatteten, unter den Koalitionsschutz des Art. 9 III fallen, so kann damit bereits eine Vorentscheidung in Bezug auf das alleinige Streikausübungsrecht für diese Verbände gefallen sein. Im Falle einer Erstreckung der Koalitionsfreiheit auch auf andere, weniger dauerhafte Vereinigungen bleibt die Frage, welche Koalitionsmittel diesen Gruppen zur Verfügung stehen, insbesondere ob sie auch streiken dürfen.

1) Vereinigung im Sinne des Art. 9 III GG

Die erste Frage ist also die nach der Auslegung des Vereinigungsbegriffes in Art. 9 III GG.
Nach Ansicht einiger Autoren [1] enthält Art. 9 III GG einen engen Koalitionsbegriff: Danach sind Koalitionen im Sinne des Art. 9 III nur korporativ organisierte Verbände, also auf Arbeitnehmerseite nur Gewerkschaften. Der Zusammenschluß zu einem einmaligen Zweck - wie zur Durchführung eines wilden Streiks - könne nicht die gleiche verfassungsrechtliche Stellung haben wie eine Gewerkschaft. Nur die auf Dauer angelegten Organisationen besäßen die zu einer nachhaltigen Verfolgung ihrer Zielsetzung erforderliche Widerstandskraft.
Zum gleichen Ergebnis gelangt Rüthers [2] trotz seines Ausgangspunktes, Art. 9 III enthalte einen offenen Koalitionsbegriff. Nach seiner Meinung kann der Gesetzgeber in einem Teilbereich die Koalitionseigenschaft auf Gewerkschaften verengen, in anderen

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 82, 83 unter Aufgabe der in der Vorauflage vertretenen Ansicht (6. Auflage S. 57, 58); Weitnauer, DB 70, 1639

2 Rüthers, DB 70, 2120, 2122

Bereichen dagegen ad-hoc gebildete Gruppen als Koalitionen ansehen. Angesichts der Unfähigkeit ad-hoc gebildeter Koalitionen auf Dauer Arbeitsbedingungen zu regeln, sei es sachgerecht, diesen Zusammenschlüssen die Tariffähigkeit zu versagen und sie von der Berechtigung, Arbeitskämpfe zu führen, auszuschließen. Alfred Hueck [1] engt neuerdings ebenfalls den Koalitionsbegriff ein, indem er die Vereinigungsbegriffe der Absätze 2 und 3 des Art. 9 gleichstellt und auf die Einfügung des Satzes 3 in Art. 9 III im Rahmen der Notstandsgesetzgebung hinweist.
Die Fähigkeit, mittels Abschlusses von TV an der Gestaltung des Arbeitslebens mitzuwirken, haben sicherlich nur festgefügte, auf Dauer angelegte Vereinigungen. Man denke nur an die aus dem schuldrechtlichen Teil des TV resultierende Pflicht, deren Erfüllung nur einer Dauerorganisation gelingen kann. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß solche Gruppen, die in anderer Weise als durch den Abschluß von TV auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen Einfluß nehmen wollen, nicht von dem Koalitionsschutz des Art. 9 III GG erfaßt werden. Denn das hieße, daß nur tariffähige Vereinigungen unter Art. 9 III fallen würden, was aber angesichts der unzweifelhaften Erstreckung der Koalitionsfreiheit auf Beamtengewerkschaften (vgl. auch § 91 I, 1 BBG), denen keine Tarifhoheit zukommt, da die sie betreffenden Arbeitsbedingungen durch einseitige Hoheitsmaßnahmen bestimmt werden, nicht der Fall sein kann. Das zeigt auch die Diskrepanz zwischen dem engen Gewerkschaftsbegriff des § 2 TVG und dem in Art. 9 III sehr weit gefaßten Koalitionsbegriff. Es geht nicht an, diesen engen Gewerkschaftsbegriff in Art. 9 III hinein zu interpretieren[2] denn der Grundrechtsinhalt des Art. 9 III kann nicht durch den einfachen Gesetzgeber eingeschränkt werden, es ist allein der umgekehrte Weg gangbar.
Das Erfordernis der Tariffähigkeit ist somit kein dem Koalitionsbegriff des Art. 9 III immanentes Merkmal und entspricht auch

---

1 Hueck, RdA 68, 430, 432 im Gegensatz zu seiner früheren Auffassung (vgl. RdA 56, 204 und Herschel-Festschrift S. 40 ff)

2 das lehnt das BVerfG(E 18,18,33) ausdrücklich ab

nicht den Voraussetzungen, die das Bundesverfassungsgericht [1] für das Vorliegen einer Vereinigung i.S.d. Art. 9 III aufgestellt hat: danach braucht es sich nämlich nur um einen freiwilligen, gegnerfreien, unabhängigen privatrechtlichen Zusammenschluß zu handeln, der sich die Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen seiner Mitglieder zum Ziele gesetzt hat. Diese Definition enthält auch keine Forderungen nach einer Dauerhaftigkeit der Koalition. Das Merkmal der Dauerhaftigkeit wäre auch zur Abgrenzung eines Zusammenschlusses zwecks Durchführung eines wilden Streiks zur Gewerkschaft ungeeignet, da es durchaus möglich ist, daß die wild Streikenden eine dauernde Verbindung anstreben oder gar eine eigene Gewerkschaft gründen wollen, was im 19. Jahrhundert häufig der Fall war.
Auch die historische Entwicklung spricht für einen weiten Koalitionsbegriff im Rahmen des Art. 9 III, wie es vor allem Ramm [2] neuerlich wieder ausführlich und klar dargelegt hat. Den Ursprung bildet der Vereinigungsbegriff des Art. 30 Preußische Verfassung, der mit der Hineinnahme des Gesellschaftsbegriffes des § 1 II, 6 ALR und der Verklammerung mit der Versammlungsfreiheit die Vereinigungsfreiheit weit faßte. Einen ebenfalls weiten Koalitionsbegriff enthielt die Weimarer Reichsverfassung: sie unterschied zwischen der allgemeinen (politischen Vereinigungsfreiheit in Art. 124 und der sozialen Vereinigungsfreiheit in Art. 159. Art. 124 erfaßte die zwischenzeitlich vom BGB eingeführten Begriffe "Vereine und Gesellschaften", womit demnach einmal körperschaftliche Dauerorganisationen mit Satzungsstatut und zum anderen auch lockere Zusammenschlüsse zwecks Erreichung eines gemeinsamen Zieles gemeint waren. Art. 159, der fast wörtlich mit Art. 9 III GG übereinstimmt, enthielt nach Ansicht der führenden Arbeitsrechtler [3] ebenfalls einen weiten Koalitionsbegriff, wobei auch auf § 152 GewO zurückgegriffen wurde, der von "Verabredungen und Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstigerer Arbeitsbedingungen" sprach.

---

1 vgl. BVerfGE 4, 106 ff; 18, 28

2 Ramm, AuR 71, 97 ff

3 Hueck-Nipperdey, 1. u.2. Auflage, 1930, S. 413 (ebenfalls 3. - 5. Auflage, 1932, S. 471); Kaskel, 3. Auflage, 1928, S. 277

Art. 9 GG hat beide Artikel der Weimarer Reichsverfassung zusammengefaßt. Gesetzessystematisch kann somit der Begriff der Vereinigung in Abs. 1 und 3 nur einheitlich aufgefaßt werden. Es bleibt daher unverständlich, warum Alfred Hueck [1] bei der Umreißung des Koalitionsbegriffes des Art. 9 III GG nur einen Vergleich zu Abs. 2 zieht und Abs. 1 außer acht läßt. Das ist um so unverständlicher, als Art. 18 GG die Vereinigungsfreiheit mit dem (gesamten) Art. 9 GG gleichstellt und damit die allein in Absatz 1 für die Vereinigung gegebene Definition, nämlich "das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden", für Art. 9 GG gelten läßt [2]. Gilt demnach der Vereinigungsbegriff des Abs. 1 auch für Abs. 3, so sind nach dem klaren Wortlaut dieser Grundrechtsbestimmung - in Übereinstimmung mit der Weimarer Reichsverfassung - die von Art. 9 III GG geschützten Koalitionen nicht nur Vereine i.S.d. Vereinsgesetzes [3], sondern auch Gesellschaften, sonst wäre der Gesellschaftsbegriff des Art. 9 I GG überflüssig.

Damit steht fest, daß nicht nur auf Dauer angelegte und tariffähige Organisationen den Koalitionsschutz des Art. 9 III genießen, sondern auch ad-hoc-Zusammenschlüsse, sofern sie die allgemeinen vom Bundesverfassungsgericht [4] für das Vorhandensein einer Koalition i.S.d. Art. 9 III GG aufgestellten Voraussetzungen erfüllen [5].

Mit der Umreißung dieses weiten Koalitionsbegriffes steht auf jeden Fall fest, daß nicht schon aus dem Begriff der Vereinigung i.S.d. Art. 9 III GG auf ein Verbot des wilden Streiks geschlossen werden kann. Andererseits ist mit der Feststellung der

---

1 Hueck, RdA 68, S. 432

2 auch Maunz, S. 122 und Hesse, S. 156 nehmen die Vereinigung als Oberbegriff von Verein und Gesellschaft

3 so aber Füßlein in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. II S. 425; v. Mangoldt-Klein, Bd. I A 6 zu Art. 9 (S. 320)

4 vgl. S. 140, Fn. 1

5 so ebenfalls Reuss, AuR 65, 97, 98; Dietz, ZAS 70, 47; Ramm, AuR 71, 97 ff

Erstreckung des Koalitionsschutzes auch auf ad-hoc-Zusammenschlüsse noch nicht gesagt, welche Koalitionsmittel diesen Gruppen zur Verfügung stehen, insbesondere also, ob ihnen das Streikrecht zusteht.

2) Koalitionsmittel des Art. 9 III GG

Damit ist das Problem angesprochen, ob und bejahendenfalls welche der in Art. 9 III GG geschützten Koalitionen Arbeitskampffreiheit genießen. Die Frage einer verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Streikrechts im Rahmen des Art. 9 III GG ist äußerst umstritten.

a) Streikrecht als subjektives öffentliches Recht

Die Meinung, daß Art. 9 III GG ein verfassungsrechtlich garantiertes Streikrecht als subjektives öffentliches Recht gewährt [1], dürfte kaum aufrechtzuerhalten sein.

Angesichts des Umstandes, daß die Gewährleistung eines Grundrechtes die stärkste Form der Verfassungsgarantie ist, hätte es einer ausdrücklichen Erwähnung der Anerkennung des Streikrechts bedurft. Darüber war sich auch der Parlamentarische Rat klar, als er ursprünglich das Streikrecht als Grundrecht in einem geplanten Absatz 4 des Art. 9 GG aufnehmen wollte, wozu es aber nicht kam [2]. Auch der mit Art. 9 III GG fast wörtlich übereinstimmende Art. 159 WRV gab keine verfassungsmäßige Garantie des Arbeitskampfes, denn bei seiner Formulierung sollten unzweifelhaft Fragen des Streikrechts nicht entschieden werden [3]. Das Koalitionsrecht des Art. 9 III GG und das Streikrecht könnten auch wegen der sich widersprechenden Inhalte kein einheitliches Grundrecht bilden. Denn die Koalitionsfreiheit ist unstreitig auch im Rahmen politischer Betätigung verfassungsrechtlich geschützt, während ein mögliches Streikrecht nach Ansicht des Parlamentarischen Rates [4] jedenfalls nicht der Durchsetzung politischer Ziele dienen sollte.

---

1 so Abendroth, GMH 54, 259; R. Schmid, GMH 54, 4; Bauer, JZ 53, 651; Bührig, WWI-Mitteilungen 54, 187, 195

2 vgl. Weber-Scheuner-Dietz, S. 101

3 vgl. Sinzheimer, Protokolle S. 389; Anschütz, Art. 159, A. 5

4 vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 9 A. VII 1

Übrigens ist auch die teilweise vertretene Ableitung der verfassungsrechtlichen Garantie der Streikfreiheit aus Art. 2 I GG [1] abzulehnen. Das folgt einmal aus dem oben Gesagten, nämlich daß der Verfassungsgeber der Streikgarantie keine grundrechtliche Qualität [2] zukommen lassen wollte, zum anderen dient die Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG der Persönlichkeitsentfaltung und ist individuumsbezogen, während die Eigenart des Streiks gerade in seiner Führung durch ein Kollektiv liegt.

b) Konnexgarantie des Streiks

Überwiegend wird der Streik als durch Art. 9 III GG in Verbindung mit der Sozialstaatsklausel i.S. einer Konnexgarantie als gewährleistet angesehen [3]. Danach wollte der Verfassungsgeber mit dem Koalitionsrecht auch eine fundamentale Organisationsnorm für die Sozialordnung schaffen. Sinn des Koalitionsrechtes sei die verantwortliche Selbstgestaltung des Arbeitslebens durch die Koalitionen. Ausdruck fände die soziale Selbstverwaltung des Arbeitslebens in den zentralgen Instituten des kollektiven Arbeitsrechts, so vor allem in einem freiheitlichen Tarifsystem. Dieses sei daher durch die Verfassung gewährleistet [4]. Tarifkonflikte in einem freiheitlichen Tarifsystem könnten nur im Wege der Schlichtung oder durch Arbeitskampf gelöst werden. Es müsse sich daher die grundgesetzliche Gewährleistung eines freiheitlichen Tarifsystems auch auf die es tragenden Fundamente, also auch auf den Arbeitskampf, erstrecken. Aus dieser Verbindung des Arbeitskampfes mit der Garantie eines freiheitlichen Tarifsystems wird die Unzulässigkeit des wilden Streiks gefolgert. Nur wegen der Notwendigkeit des Arbeitskampfes für ein freiheitliches Tarifsystem in der sozialen Selbstverwaltung dulde die Rechtsordnung die durch den Streik in der Regel verursachten

---

1 Huber, WVR II S. 393; Bettermann-Scheuner-Dietz, S. 106; Osswald, S. 15

2 zur Grundrechtsqualität vgl. zutreffend Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2, A. 5 m.w.N.

3 Hueck-Nipperdey, S. 137 ff, 914 ff, 1011; Brox-Rüthers, S. 43ff; Richardi, RdA 66, 247 ff und RdA 70, 68; Müller, RdA 51, 248; Meißlinger, AuR 55, 201; Säcker, DB 69, 1941

4 so auch BVerfGE 4, 96 = AP Nr. 1 zu Art. 9 GG

erheblichen wirtschaftlichen und sozialen Schäden. Der erlaubte Streik könne daher nur von tariffähigen Parteien, auf der Arbeitnehmerseite also von der Gewerkschaft, durchgeführt werden.

c) Streikfreiheit für Koalitionen des Art. 9 III GG

Die von der h.M. vorgenommene Zuordnung des Arbeitskampfrechts zum Tarifvertragsystem ist der ganz entscheidende Punkt in der Auseinandersetzung um die Frage nach der Zulässigkeit des wilden Streiks. Stimmt man diesem Ausgangspunkt zu, kommt man in der Tat - auch bei Annahme eines weiten Koalitionsbegriffes - konsequenterweise zu einem Streikmonopol der Gewerkschaften.

(1) Außertarifliche Streikziele

Nun läßt sich zwar ein enger Zusammenhang zwischen TV und Arbeitskampf nicht leugnen, denn in vielen Fällen ist das durch den Streik angestrebte Ziel der Abschluß eines neuen TV [1]. Eine zwingende unlösbare Verbindung zwischen TV und Arbeitskampf bestünde aber nur dann, wenn der TV das einzige Mittel zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen (i.S.d. Art. 9 III) und zur Sicherung des Arbeitsfriedens wäre.

Die Arbeitsordnung kann jedoch nicht nur durch Verträge, sondern auch durch bestimmte individualrechtliche Maßnahmen, etwa durch die Rücknahme einer Kündigung seitens des Arbeitgebers, aufrechterhalten werden. Daß die Vereinbarung einer solchen Maßnahme - wie die Wiedereinstellung eines während eines Arbeitskampfes entlassenen Arbeitnehmers - auch möglicher Inhalt eines TV sein kann [2], beweist gerade die Möglichkeit des Nebeneinanders von Verträgen und Einzelaktionen bei der Regelung von Arbeitsbedingungen. Zwar wird die Regelung dieser konkreten Einzelfälle von manchen Autoren [3] nicht mehr als eine Festlegung von Arbeitsbedingungen im herkömmlichen Sinne angesehen, doch ist nicht einzusehen, warum der Begriff der Arbeitsbedingungen nicht auch auf Gegenstände erstreckt werden soll, die mit den Arbeiten

---

1 zum Meinungsstreit inwieweit der Abschluß eines TV Streikziel sein muß, vgl. S. 106, Fn. 3

2 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 251 f.

3 so z.B. Nikisch, S. 121

im Betrieb eng zusammenhängen und wenigstens für eine Seite im Rahmen der Abwicklung der Arbeitsverhältnisse von Bedeutung sind [1]. Ausgenommen bleibt allerdings die Unternehmersphäre (Preisgestaltung, Produktionskapazität), da sie mit der arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nichts zu tun hat. Die Regelung sonstiger, die Arbeitsbeziehungen betreffender Einzelfälle kann ohne Bedenken - auch wenn sie nicht in Form eines TV erfolgt - als Wahrung und Förderung der Arbeitsbedingungen (i.S.d. Art. 9 III) angesehen werden.

Sollen die Lohn- und Arbeitsbedingungen mittels Verträgen festgelegt werden, so ist erst recht nicht einzusehen, warum der Abschluß eines TV die allein mögliche Form solcher Regelung darstellen soll. Es läßt sich doch nicht bestreiten, daß die das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betreffende Materie auch durch andere gesamtheitliche Regelungen, etwa durch Massenverträge, erfaßt werden kann [2]; zumal das BAG [3] die Bindung von TV an den Gleichheitssatz des Art. 3 GG auch auf Gesamtregelungen anderer Art übertragen hat.

Der TV ist nur eines - wenn auch das hauptsächliche - von mehreren Instrumenten zur Festlegung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, die durch ihn zu regelnde Materie vermag auch gar nicht den gesamten Arbeitsbereich zu erfassen. Darum bleibt es unverständlich - wenn die Rechtsordnung schon Streikfreiheit gewährt -, warum das Ziel eines um die Verbesserung der Arbeitsbedingungen geführten Streiks sich auf den Abschluß eines TV beschränken soll. Der bloße Hinweis Nipperdeys [4] auf die teleologische Hinordnung des Arbeitskampfrechts auf das Tarifrecht entbehrt der näheren Begründung.

Nun ist mit der Anerkennung eines auch außertariflichen Kampfzieles noch nicht unbedingt der Fortfall des Erfordernisses der Tariffähigkeit der Kampfparteien verbunden. Es ist damit

---

1 so auch Reuss, Juristen-Jahrbuch, Bd. 4, S. 180

2 vgl. Nikisch, S. 120; Bydlinski, Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben, (Floretta-Strasser) S. 83; Reuss, AuR 65, 99; Huber, S. 402

3 BAG, AP Nr. 69 zu Art. 3 GG

4 Hueck-Nipperdey, S. 1007 Fn. 34 q

aber das Argument abgeschnitten, daß von einem bestimmten allein zulässigen Streikziel (TV) aus auf die Zusammensetzung und rechtliche Qualifikation der Streikenden (tariffähiger Verband) geschlossen werden kann [1]. Vielmehr müssen sich bei der hier aufgezeigten Ausgangslage schon besondere, den gewerkschaftlichen Streik allein rechtfertigende Gründe finden, um zum Verbot des wilden Streiks zu kommen, nicht gilt es umgekehrt - wie manche Autoren [2] meinen - nach einem Rechtssatz zu suchen, der die Gleichstellung von wildem und gewerkschaftlichem Streik gebietet.

(2) Streik und TV in der marktwirtschaftlichen Ordnung

Als ein solcher allein den gewerkschaftlichen Streik rechtfertigender Grund wird das Wirtschaftsverfassungsrecht angeführt: danach stellt sich der Streik als eine unausweichliche Folge unserer marktwirtschaftlichen Ordnung dar und darf nur von Parteien durchgeführt werden, die zur Regelung der Arbeitsbedingungen in der Lage sind [3].

Hier stellt sich sofort die Frage, wer entscheidet darüber und nach welchen Kriterien wird die Entscheidung getroffen, welche Vereinigungen zu der Regelung der Arbeitsordnung berufen sein sollen. Da diese Regelung sich nicht nur in Form von Tarifvertragsabschlüssen vollziehen, sondern auch durch andere Vereinbarungen und Maßnahmen getroffen werden kann, müßte dann aber vom Erfordernis der Tariffähigkeit der Streikenden abgesehen werden und auch spontan sich zusammenschließende Gruppen zur Führung eines Arbeitskampfes berechtigt sein.

Dagegen wird nun vorgebracht, der Staat habe bei seinem Verzicht auf eine eigene unmittelbare Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen mit der Einräumung der sozialen Selbstverwaltung nur solchen Gesamtheiten Kampfmittel zur Durchsetzung ihrer Forderungen in die Hand gegeben, die mittels kollektiv-

---

1 so argumentiert aber Dietz, Herschel-Festschrift S. 48 und ZAS 70, 48

2 z.B. Löwisch-Hertje, RdA 70, 321, 323

3 so Mayer-Maly, Anm. zu BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 Arbeitskampf (Bl. 14 ff)

rechtlicher Regelungen der Arbeitsbedingungen eine Gewähr für das Funktionieren der Arbeitsordnung geben könnten, also auf der Arbeitnehmerseite nur Gewerkschaften [1]. Die Nichtorganisierten seien Außenseiter der sozialen Selbstverwaltung und könnten daher auch nicht von den Machtmitteln Gebrauch machen, die den Trägern der Selbstverwaltung zur Erfüllung ihrer Aufgaben gewährt würden [2]

Mit der Aufstellung einer solchen sozialen Ordnung erfolgt eine Abkehr vom Arbeitsrecht als sozialem Schutzrecht und ist der Weg zu einer totalitären Arbeitsverfassung nicht mehr weit [3]. Die Funktion des TV, der neben der Schaffung einer Kalkulationsgrundlage für den Arbeitgeber doch vor allem der Arbeitnehmerschaft eine Besserstellung in Form einer breit gestreuten Absicherung der Arbeitsbedingungen bringen soll, wird völlig verkannt. Dieses zum Vorteil der Arbeitnehmer geschaffene Institut darf nicht durch den Ausschluß anderer Möglichkeiten, Einfluß auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu nehmen, zu einer Beschränkung der dem Arbeitgeber gegenüber bestehenden Druck- und Kampfmittel führen. Denn der Sinn des Streikrechts ist es doch gerade, die Schwäche der Stellung des einzelnen Arbeitnehmers gegenüber dem den Produktionsapparat innehabenden Arbeitgeber auszugleichen. Der einzelne Arbeitnehmer ist nicht in der Lage, einen entscheidenden Einfluß bei der Durchsetzung seiner Forderungen auszuüben, vielmehr ist es den Arbeitnehmern nur durch ihr Zusammenwirken möglich, ihren Zielen einen gewissen Druck zu verleihen. Im Gegensatz zum einzelnen Arbeitgeber, der allein schon durch seine wirtschaftliche Stellung und der dadurch bedingten Machtposition bei Abschluß und Abwicklung der Arbeitsverhältnisse den Arbeitnehmern überlegen ist, sind die Arbeitnehmer nur als kollektive Masse ein ebenbürtiger Partner. Dazu muß ihnen ein kollektives Kampfmittel in die Hand gegeben werden und das ist eben der Streik. Auch die Schaffung des Instituts des TV trägt der Notwendigkeit eines Zusammenwirkens einer größe-

---

1 so etwa Hueck-Nipperdey, S. 1006, 1008 Fn. 34 q; Mayer-Maly, a.a.O.

2 so Bertele, Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Aussperrung, S.59f.

3 vgl. Ramm, AuR 71, 104

ren Anzahl von Arbeitnehmern bei der Aushandlung der Arbeitsbedingungen Rechnung, indem er für alle in einem Betrieb, einer Branche oder einer Region beschäftigten Arbeitnehmer die Grundlage für die Inhaltsausfüllung der Arbeitsverträge schafft. Der TV ist praktisch ein vom Gesetzgeber vorgezeichneter Prototyp eines den Interessen beider Parteien entsprechenden Kampfzieles; er ist wegen seiner Praktikabilität und Zweckmäßigkeit das in der Arbeitspraxis am häufigsten benutzte Instrument des Arbeitsfriedens. Doch darf bei aller Wertschätzung des Tarifvertragssystems nicht durch dieses, auch zu Gunsten der Arbeitnehmerschaft geschaffene Instrument, die Position der Arbeitnehmer bei Arbeitskämpfen mittels einer Einengung der Zielsetzung und einer Beschränkung der Organisationsform geschmälert werden. Der Schluß vom TV auf den Streik beruht auf einem Mißverständis gegenüber dem Sinn des Arbeitskampfrechtes. Es muß der umgekehrte Weg gegangen werden und der TV lediglich als ein mögliches, wenn auch angemessenes Streikziel und der gewerkschaftliche Zusammenschluß nur als eine von mehreren möglichen Organisationsformen angesehen werden. Allein dieses Ergebnis entspricht unserer liberalen und sozialstaatlichen Ordnungskonzeption.

(3) Wilder Streik und Sozialadaequanz

Der rechtliche Beleg der Unzulässigkeit des wilden Streiks wird von den Gegnern dieser Streikart mit Hilfe des Begriffes der Sozialadaequanz geführt [1]. Doch da nach der Definition Nipperdeys[2] gerade solche Handlungen sozialadaequat sind, die sich völlig im Rahmen der normalen geschichtlich gewordenen sozialen Ordnung des Lebens bewegen, erscheint dieser Begriff zur rechtlichen Abwertung des wilden Streiks untauglich. Denn gerade ein Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung zeigt, daß es eine Trennung zwischen gewerkschaftlichem und wildem Streik in der Vergangenheit nicht gegeben hat. Man kann den historischen Ablauf verfolgen seit Schaffung des § 152 GewO, der auch bloße Verabredungen

---

1 BAG, AP Nr. 32, 41 zu Art. 9 Arbeitskampf; Hueck-Nipperdey, S. 1004, 1006 ff; Brox-Rüthers, S. 129 ff; Dietz, ZAS 70,47,48

2 Hueck-Nipperdey, S. 998 ff

zur Erlangung günstigerer Arbeitsbedingungen mit Hilfe von Arbeitseinstellungen zuließ, also keinen Unterschied zwischen gewerkschaftlichem und wildem Streik machte [1]. Der Sache nach ist die Umschreibung dieser Zielsetzung auch in Art. 159 WRV beibehalten worden [2]. Da sich die Texte des Art. 159 WRV und des Art. 9 III GG fast wörtlich decken, besteht zumindest ein schwerwiegendes Indiz dafür, daß Art. 9 III GG die gleiche Zielsetzung hat. Grund für die Nichteinführung eines besonderen Grundrechtes zum Arbeitskampf war auch gerade der, daß der Parlamentarische Rat nicht dem Wunsche der Gewerkschaft nachgeben wollte, das Streikrecht nur für solche von der Gewerkschaft geführte Arbeitseinstellungen zu gewährleisten [3]. Dagegen wird vorgebracht, die Bedenken gegen ein Kampfmonopol der Gewerkschaften hätten bei der Streichung der geplanten Streikregelung keine entscheidende Rolle gespielt, vielmehr sei dafür ausschlaggebend gewesen, daß man entgegen dem Inhalt des Koalitionsrechtes aus Art. 9 III, der auch eine politische Betätigung umschließt, den politischen Streik nicht zulassen wollte, sondern die Grundrechtsgarantie auf den arbeitsrechtlichen Streik beschränken wollte, was Schwierigkeiten ergeben hätte [4].

Sicherlich ist zuzugeben, daß die Motivation des Verfassungsgebers bei der Schaffung des Art. 9 III GG nicht ganz geklärt und wohl auch vielschichtiger Natur ist. Nicht einleuchtend ist aber, warum neben dem allgemeinen, sich auch auf die politische Agitation beziehenden Koalitionsrecht die Schaffung einer Grundrechtsgarantie für den rein arbeitsrechtlichen Streik Schwierigkeiten hätte bereiten sollen. Da ist das Motiv der Verhinderung eines gewerkschaftlichen Streikmonopols wesentlich einsichtiger und hat

---

1 Der Einwand Weitnauers, DB 70, 1642, der § 152 GewO besage nichts, da seinerzeit der Streik nur nach einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses zulässig gewesen sei, geht ins Leere, da damals generell - auch beim gewerkschaftlichen Streik - zwischen kollektiver und individueller Ebene unterschieden wurde

2 vgl. Anschütz, Art. 159 WRV

3 vgl. v. Mangoldt-Klein, Art. 9 A. VII 1; Zeuner, RdA 71, 4

4 so Brox-Rüthers, S. 40

sicherlich bei der Streichung eines speziellen Streikgrundrechtes eine entscheidende Rolle gespielt. Daraus folgt zum einen die Bestätigung, daß von einer verfassungsrechtlichen Privilegierung des gewerkschaftlichen Streiks keine Rede sein kann, vielmehr wilder und gewerkschaftlicher Streik vom Grundgesetz gleich behandelt werden. Die Streichung einer besonderen Grundrechtsgarantie für den Streik beweist aber auch, daß das Streikrecht nach dem Willen der Grundgesetzgeber nicht verfassungsrechtlich gewährleistet sein sollte: aus Art. 9 III GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ergibt sich lediglich, daß das Grundgesetz von der Streikfreiheit ausgeht [1]. Das entspricht auch der fast wörtlichen Übereinstimmung mit Art. 159 WRV, der ebenfalls keine Verfassungsgarantie für das Streikrecht beinhaltete, sondern nur die Streikfreiheit sicherte, ohne einen Unterschied zwischen wildem und gewerkschaftlichem Streik zu machen [2]. Ein Zurückgehen hinter diese in der Weimarer Zeit errungene soziale Position - durch eine Verweigerung der Streikfreiheit für den wilden Streik - würde gegen das aus dem Sozialstaatsprinzip folgende Verbot des sozialen Rückschrittes [3] verstoßen.

(4) Notstandsverfassung (Art. 9 III 3)

An diesem Ergebnis hat auch die Verabschiedung der Notstandsverfassung, die mit der Einfügung des Satzes 3 eine Ergänzung des Art. 9 III GG gebracht hat [4], nichts geändert. Dort heißt es, daß bestimmte Notstandsmaßnahmen sich nicht gegen Arbeitskämpfe richten dürfen, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen i.S.d. Satz 1 geführt werden. Mit dem Verweis auf die Vereinigung des Satzes 1 wird auf eine eigene Begriffbestimmung verzichtet und damit der hier bereits aufgezeigte weite Koalitionsbegriff [5] übernommen. Es geht nicht an, dem in Satz 3 aufgeführten Begriff der Vereinigung durch eine einfache Gleichsetzung mit der Gewerkschaft (auf der Arbeitnehmerseite) einen neuen Begriffsinhalt zu geben und diesen dann für die

---

1 vgl. Nikisch, S. 104; Söllner, S. 76; Bulla, AR-Blattei, D-Blatt "Arbeitskampf II B"

2 vgl. Anschütz, Art. 159, A. 5

3 Dieses Verbot hat das Bundesverfassungsgericht aufgestellt: BVerfGE 4, 96 (102); 19, 303 (319)

4 vgl. dazu Hueck, RdA 68, 430; Rüthers, DB 68, 1948

5 vgl. oben S. 139 f.

vorangegangenen Gesetzesvorschriften bestimmend zu sein lassen [1]. Also schon von seinem Wortlaut her bringt der Satz 3 des Art. 9 III GG keine Veränderung. Außerdem kann aus der Ausnahmesituation des Notstandes nichts für den Rechtszustand in der Normalsituation hergeleitet werden. Denn die Aufführung der Notstandsmaßnahmen zeigt doch gerade das Außergewöhnliche einer im Ernstfalle eintretenden Lage, für die das in der Normalsituation geltende Recht nicht ausreicht. Der Satz 3 kann daher nur unbeschadet der normalen rechtlichen Wertung eingreifen.
Daß die allgemeine Tragweite des Art. 9 III Satz 1, 2 von der Notstandsregelung überhaupt nicht betroffen ist, bestätigt auch das BAG [2]. Sinn der Vorschrift des Art. 9 III Satz 3 ist es allein, den schon vor Inkrafttreten des Notstandsverfassungsgesetzes im Hinblick auf den Arbeitskampf bestehenden Rechtszustand vor Eingriffen des Staates im Notstandsfall zu schützen [3].

(5) Ergebnis
Es bleibt somit dabei, daß für alle von Art. 9 III erfaßten Koalitionen Streikfreiheit besteht. Es braucht sich dabei nicht um Gewerkschaften zu handeln, vielmehr genügen auch Zusammenschlüsse anderer Art, die sich die Erreichung eines bestimmten, einzelnen Zieles zur Aufgabe gemacht haben. Nur eines von diesen möglichen Zielen, wenn auch wohl das häufigste und hauptsächliche, ist der Abschluß eines TV. Auch andere Verträge, Betriebsvereinbarungen (mit Ausnahme des § 74 BetrVG) und sonstige tatsächliche Maßnahmen stellen ein zulässiges Streikziel dar.

3) Spezialvorschriften
Nun wird teilweise versucht, aus einigen Spezialvorschriften Argumente für und wider die Zulässigkeit des wilden Streiks zu gewinnen.

a) § 74 II BetrVG
So folgern manche Autoren das Verbot des wilden Streiks aus der

---

1 Diesen Weg geht Hueck, RdA 69, 431; ebenso Weitnauer, DB 70, 1640, der ohne weitere Begründung die Vereinigungen als Arbeitverbände bezeichnet, die auf Arbeitnehmerseite nur Gewerkschaften sein könnten; gegen sie zu Recht Ramm, AuR 71, 77

2 BAG, AP Nr. 25 zu § 2 TVG (Bl. 3)

3 ebenso Ramm, AuR 71, 77; Söllner, S. 76; Schaub, S. 725; Säcker, BB 71, 963; Zeuner, RdA 71, 4

Bestimmung des § 74 II BetrVG [1]. In dieser Vorschrift ist im Anschluß an das Verbot von Arbeitskämpfen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber bestimmt: "Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien werden hierdurch nicht berührt." Daraus folgt nach Ansicht dieser Literaten "per argumentum e contrario" , daß Arbeitskämpfe nicht tariffähiger Parteien nicht rechtmäßig seien.
Ganz davon abgesehen, daß die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Streikfreiheit jeden diese Freiheit einschränkenden Akt durch den einfachen Gesetzgeber ausschließt, dürfen die obigen Bestimmungen nur im Rahmen des Streiks auf der Betriebsebene gesehen werden, sie wollen nicht die Problematik des wilden Streiks regeln In diesen Vorschriften soll jeweils nur klargestellt werden, daß aus dem Verbot des Arbeitskampfes zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat nichts für und nichts gegen die Erlaubtheit von Arbeitskämpfen zwischen anderen Kampfparteien hergeleitet werden kann. Wenn ausdrücklich nur die Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien aufgeführt werden, so sind damit nur die typischen Normalfälle angesprochen. Aus dem Wortlaut läßt sich nicht - zumindest nicht zweifelsfrei - der weitergehende Schluß, der Gesetzgeber halte nur Arbeitskämpfe tariffähiger Parteien für erlaubt, herleiten [2]. Das geben selbst Gegner der Zulässigkeit des wilden Streiks zu [3].

b) Art. 6 Ziff. 4 Europäische Sozialcharta

Umgekehrt entnimmt Ramm [4] dem Art. 6 Ziff. 4 der Europäischen Sozialcharta eine ausdrückliche Anerkennung des wilden Streiks. Er faßt den in der Sozialcharta verwendeten Begriff des Streikrechts doppeldeutig auf. Aus dem in Art. 6 Ziff. 4 genannten Oberbegriff "Recht der Arbeitnehmer auf kollektive Maßnahmen" folgert er den Charakter des Streikrechts als Individualgrundrecht, also die Anerkennung des wilden Streiks. Daneben sei der Streik, wie sich aus dem Verbehalt "etwaiger Verpflichtungen aus geltenden

---

1 Hueck-Nipperdey, S. 1004; von Gelder, AuR 69, 208 ff; Mayer-Maly, DB 65, 32 ff; Galperin-Siebert, BetrVG, S. 366 ff

2 ebenso Ramm, AuR 64, 355; Reuss, AuR 65, 99, 100; Nikisch, S. 145; Neumann-Duisberg, BetrVG, S. 440 ff; Zeuner, RdA 71, 4

3 so z.B. Brox-Rüthers, S. 130; Säcker, BB 71, 963

4 Ramm, AuR 67, 108; 71, 69 ff

Gesamtarbeitsverträgen" ergebe, auch als Kollektivgrundrecht geschützt.
Der Wortlaut des Art. 6 ist aber in dem von Ramm verstandenen Sinne keineswegs zwingend, die Auslegung Ramms ähnelt mehr einer Wortspielerei. Denn wenn von einem Recht der Arbeitnehmer auf kollektive Maßnahmen gesprochen wird, ist damit völlig offen gelassen, ob und in welcher Organisationsform sich die Verwirklichung dieses Rechtes vollziehen kann. Auf keinen Fall kann diesem Satz entnommen werden, daß jeder beliebige Arbeitnehmer - das wäre die Konsequenz von Ramm -, auch ohne einer der in Art. 9 III GG erfaßten Koalition anzugehören, die Arbeit niederlegen kann.
Andererseits folgt aber auch nicht aus der Europäischen Sozialcharta, daß der Streik nur als Tarifarbeitskampf zulässig ist [1]. Denn aus den einleitenden Worten des Art. 6, daß das Streikrecht nur insoweit anerkannt ist, als der Streik als kollektive Maßnahme ein Mittel zur wirksamen Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlung ist, folgt nicht, daß der Streik nur dem Abschluß von TV dient. Solche Kollektivverhandlungen sind allgemeine, wie sich aus Art. 1 der Charta ergibt, gemeinsame Beratungen zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, die keineswegs gleichbedeutend mit Gesamtarbeitsverträgen sind, sondern auf betrieblicher Ebene als Betriebsvereinbarungen oder als gleichlaufende Individualarbeitsverträge abgeschlossen werden können.Somit ergibt sich auch aus der Europäischen Sozialcharta kein zwingender Schluß auf Erlaubtheit oder Unzulässigkeit des wilden Streiks, was auch angesichts des verfassungsrechtlichen Schutzes der Streikfreiheit, die auch den wilden Streik umfaßt, nicht vonnöten ist.

II. Rechtspolitische Abwägung

Die (verfassungs)rechtlichen Bedenken gegen eine Zulässigkeit des wilden Streiks versuchen die Gegner dieser Streikart durch

---

1 So aber Weitnauer, DB 70, 1641; Säcker, DB 69, 1950; Daum, RdA 68, 86 ff.; auch Hueck-Nipperdey, S.1006 Fn. 34 q, die allerdings die Europäische Sozialcharta gar nicht als unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht ansehen ( S. 991 ff.); gegen sie Ramm, AuR 71, 70 ff.

rechtspolitische Aspekte zu untermauern, wobei der Verdacht entsteht, daß die rechtspolitischen Erwägungen die rechtliche Argumentation in Richtung auf ein Verbot des wilden Streiks wesentlich beeinflußt haben.

1) Auseinandersetzung mit dem BAG

So drückt das BAG [1] von dem Ausgangspunkt her, daß Arbeitskämpfe im allgemeinen unerwünscht und für die Volksgemeinschaft mit erheblichen Nachteilen verbunden seien, den Arbeitskämpfen den Stempel des gewerkschaftlichen Streikmonopols auf. Allein von einer Gewerkschaft könne das notwendige Verantwortungsbewußtsein dahin erwartet werden, daß nur in wirklich begründeten Fällen gestreikt wird und bei der Durchführung des Streiks die im allgemeinen Interesse erforderlichen Kampfregeln eingehalten werden. Nur die Gewerkschaft habe auf Grund ihrer Organisation eine dementsprechende Kontrollmöglichkeit. Diese Argumentation vermag in keiner Weise zu überzeugen. Inwieweit sich die Gewerkschaftsführung von einem größereren Verantwortungsbewußtsein leiten läßt als ein sonstiger Zusammenschluß von Arbeitnehmern ist eine Frage des Einzelfalles und Zufallsergebnissen unterworfen, kann schlechthin nicht als Grundlage für eine so weitgehende Einschränkung des Streikrechts dienen. Überhaupt kann der Umstand, ob die Gewerkschaft im konkreten Fall sich vom "erforderlichen" Verantwortungsbewußtsein hat leiten lassen, für die Frage der Zulässigkeit des Streiks doch höchstens unter dem Gesichtspunkt eine Rolle spielen, ob sie den Arbeitskampf als "ultima ratio" eingesetzt hat. Dieses Merkmal wurde bereits bei der Erörterung des Begriffes der Sozialadaequanz verworfen [2].

Die Aussage des BAG stellt auch eine deutliche Abkehr vom sozialen Schutzgedanken des Arbeitsrechtes dar, denn die Gewerkschaft erscheint nach dieser Ansicht - jedenfalls was den Arbeitskampf anbetrifft - nicht als Vertreterin, sondern als Kontrolleurin der Arbeitnehmer. Eine solche Aufgabenstellung dürfte der Gewerkschaft nur in extremen Staatsformen zufallen, nicht aber in einem

---

1 BAG, AP Nr. 32 zu Art. 9 Arbeitskampf

2 vgl. oben S. 117 f.

demokratischen Rechtsstaat [1]. Überhaupt ist das methodische Vorgehen des BAG sehr fraglich: die Frage nach der Berechtigung der Aktionen lockerer Zusammenschlüsse wird erst gar nicht erörtert, sondern mit der generellen Erwägung abgeschnitten, ein Mißbrauch der Freiheit sei möglich. Dieser Gedankenführung wird selbst von den im Ergebnis dem BAG zustimmenden Autoren nicht gefolgt [2].

Wenn das BAG nur bei einem gewerkschaftlich organisierten Streik für die Arbeitgeberseite die notwendige Sicherheit sieht, die durch einen rechtswidrigen Arbeitskampf hervorgerufenen Nachteile von einem potentiell zahlungsfähigen Schuldner ersetzt zu erhalten [3], zäumt es ebenfalls das Pferd falsch auf, indem es die Frage der Rechtsfolge in unzulässiger Weise mit der Prüfung der für einen rechtmäßigen Streik erforderlichen Voraussetzungen vermischt. Die Frage der Haftung hat bislang in der Praxis bei rechtswidrigen Arbeitskämpfen auch noch keine besondere Bedeutung erlangt. Außerdem ist nicht einzusehen, warum eine Schadloshaltung bei den einzelnen Arbeitnehmern, von denen ja schließlich auch die Gewerkschaften finanziell getragen werden, nicht - etwa in Form von Teilbeiträgen - möglich sein soll.

Man kann dem BAG den Vorwurf nicht ersparen, daß es den Begriff des Allgemeinwohls, dem es bei der Beschränkung der Streikfreiheit so entscheidende Bedeutung beimißt, zu sehr mit den Interessen der Arbeitgeberseite identifiziert. Schließlich geht die Frage, inwieweit ein Streik nur von der Gewerkschaft geführt werden darf, zunächst einmal in erster Linie die Arbeitnehmerschaft an, denen ja insoweit eine Bindung oder gar Bevormundung auferlegt wird. Es läßt sich zwar nicht bestreiten, daß die Institution der Gewerkschaft für die Arbeitnehmer von großem Vorteil, ja unbedingte Voraussetzung für ihre gerechte Interessenwahrnehmung ist. Denn ohne die aus der organisierten Zusammenballung resultierende Macht der Gewerkschaften, die allein eine

---

1 vgl. S. 147, 148

2 vgl. Mayer-Maly, AP Nr. 32 zu Art. 9 Arbeitskampf (Bl. 13 ff); Dietz, JuS 68, 6 ff und ZAS 70, 48; Kaiser, S. 19 Fn. 24; zustimmend aber Hueck-Nipperdey, S. 1007

3 Zustimmend Brox-Rüthers, S. 129

ernst zu nehmende Gegenkraft zur Arbeitgeberseite bilden, wären wohl die meisten Reformen und Verbesserungen im Arbeitsbereich unterblieben und bildeten die Arbeitsverhältnisse reine Unterordnungsverhältnisse, die die Arbeitgeber einseitig diktieren würden.

Diese Erkenntnis darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Bindung und Abhängigkeit von der Gewerkschaft den einzelnen Arbeitnehmern auch zum Nachteil gereichen kann. So kommt es nicht selten vor, daß legitime, unmittelbare Arbeitnehmerinteressen, die von der Gewerkschaft streikweise durchgekämpft werden könnten und sollten, von der Gewerkschaftsleitung aus organisationspolitischen oder verbandsegoistischen Gesichtspunkten nicht verfolgt werden: so werden z.B. solche in einem bestimmten Bezirk oder in einem einzelnen Betrieb auftretenden Forderungen vielfach von der Gewerkschaft unbeachtet gelassen. Es wäre nicht verständlich, wenn solche Arbeitnehmerinteressen nur deswegen nicht arbeitskampfweise geltendgemacht werden können, weil die Gewerkschaft aus unsachlichen Gründen daran nicht interessiert ist oder weil die betroffenen Arbeitnehmer nicht organisiert sind. Der Zweck der Institution der Gewerkschaft, die zum Schutze der einzelnen Arbeitnehmer geschaffen worden ist und die Durchschlagskraft ihrer Forderungen erhöhen soll, darf nicht in sein Gegenteil verkehrt werden, indem sie zum Bremsklotz berechtigter Arbeitnehmerforderungen wird. Die Institution der Gewerkschaft darf nur als ein zusätzliches - wenn auch das wichtigste - Hilfsinstrument der Interessenwahrnehmung der Arbeitnehmer angesehen werden. Da wo die Gewerkschaft die Arbeitnehmerinteressen nicht wahrnehmen kann oder - etwa aus unsachlichen Gründen - nicht verfolgen will, müssen andere Wege zur Durchsetzung der Forderungen gangbar sein.

2) Organisation der wild Streikenden

Die Bedenken gegen die Zulässigkeit des wilden Streiks beruhen letztlich auf der - verständlichen - Befürchtung, die Zubilligung des Streikrechts an beliebige Arbeitnehmer könnte zu einer das Wirtschaftsleben lähmenden Gefahr führen, die in Chaos auszuarten droht.

Diese Befürchtung wäre in der Tat berechtigt, wenn jeder Arbeitnehmer einfach seine Arbeit mit der Behauptung, dies sei ein Streik, niederlegen könnte. Streikfreiheit besteht aber nicht für jeden beliebigen Arbeitnehmer und auch nicht für jedweden Zusammenschluß von Arbeitnehmern. Die notwendige Zusammensetzung einer zum Streik berechtigenden Vereinigung schreibt das Grundgesetz vielmehr in Art. 9 III mit der Aufstellung des Koalitionsbegriffes vor [1]. Das bedeutet nach der Definition des Bundesverfassungsgerichtes [2]: nur freiwillig zustandegekommene, gegnerfreie und von einem gemeinsamen Ziel getragene Gruppen genießen die Streikfreiheit. Diese Voraussetzungen sind in der Regel allerdings bei jeder spontanen Arbeitsniederlegung mehrerer Arbeitnehmer gegeben. Daneben wird man auch eine verantwortliche Kampfleitung fordern müssen. Denn ein sinnvolles und geordnetes kollektives Vorgehen ist ohne das Vorhandensein einer Führungsspitze nicht möglich. Der Staat muß in den Fällen, in denen sein Grundgefüge durch wahllose Arbeitsniederlegungen gefährdet wird, in das "Selbstbestimmungsrecht" der Beteiligten regulierend eingreifen, sonst würde die Streikfreiheit ihres Sinnes beraubt. Wieviele Arbeitnehmer an dem Arbeitskampf beteiligt sind, kann keine entscheidende Rolle spielen. Das ist nicht anders als beim gewerkschaftlichen Streik. Sobald mehrere Arbeitnehmer unter gemeinsamer Führung mit gemeinsamer Zielsetzung die Arbeit niederlegen, kann von einer unter die Streikfreiheit fallenden Aktion gesprochen werden. Es bleibt diesen zwecks einer einmaligen Zielsetzung sich zusammenschließenden Arbeitnehmern unbenommen, sich zu organisieren und zwar auch in Form einer Gewerkschaft, wobei sie eine auf Dauer angelegte Vereinigung oder auch nur eine ad-hoc-Gewerkschaft gründen können. Hier zeigt sich, wie fließend die Grenze zwischen gewerkschaftlich organisiertem und wildem Streik sein kann, denn letzterer braucht nicht immer ein spontan ausbrechender Arbeitskampf zu sein.

---

1 vgl. oben S. 138 f.

2 BVerfGE 4, 106 ff; 18, 28

3) Kollision mit dem Tarifvertragssystem

Nun liegt der Vorwurf nahe, die durch einen wilden Streik angestrebten Ziele - seien es Verträge oder sonstige Maßnahmen - könnten keine Friedenspflicht erzeugen und brächten die Gefahr einer Aushöhlung des Tarifvertragssystems [1].

a) Keine Störung des Tarifvertragssystems

Gerade die Septemberereignisse im Jahre 1969 haben jedoch gezeigt, daß die TV oft zu starr und unbeweglich sind und kein alleiniger Garant für den Arbeitsfrieden sind. Sie vermögen auch - so lange nicht überall betriebsnahe Tarifpolitik praktiziert wird - für die schon fast den Regelfall bildende Diskrepanz zwischen Tarif- und Effektivlöhnen keinen kollektiven Schutz bieten. Sie dürfen auch nicht für den Arbeitgeber ein Alibi für eine unangemessene Gewinnsteigerung sein. Insoweit besteht nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Notwendigkeit für kollektive Aktionen außerhalb der Tarifebene.

Andererseits dürfen solche das Tarifvertragssystem ergänzende Maßnahmen - vor allem im Interesse der Arbeitnehmerschaft - nicht zu einer Schwächung der Position der Gewerkschaften führen. Denn die Interessen der Arbeitnehmer - das muß man deutlich sehen- können auf lange Sicht nur von starken Gewerkschaften, nicht aber von jeweils gebildeten ad-hoc-Koalitionen ausreichend vertreten werden; letztere bringen in der Regel nur kurzfristige Erfolge für die beteiligten Arbeitnehmer. Doch besteht die Gefahr einer Schmälerung der Stellung der Gewerkschaften im Prinzip nicht. Die Erfahrung der Vergangenheit und eine praxisnahe, vernünftige Einschätzung des Arbeitslebens lehren, daß wilde Arbeitsniederlegungen nur bei ganz besonderen Anlässen, wie bei einer unerträglichen Verschiebung von Leistung und Gegenleistung in den Arbeitsbeziehungen stattfinden. Wird das Ansehen der Gewerkschaft hierbei in Mitleidenschaft gezogen, so geschieht das aus eigenem Verschulden dieser Organisationen, die nicht willens oder befähigt sind, die ihnen gegenüber dem Arbeitgeber zustehenden Rechte geltend zu machen: etwa die TV mit sofortiger Wirkung zu kündigen [2].

---

1 vgl. etwa Löwisch-Hartje, RdA 70, 324

2 vgl. oben S. 33 f.

Von einer Störung des Tarifvertragssystems kann bei solchen im Tarifrecht selbst vorgesehenen Möglichkeiten wirklich keine Rede sein. Man muß auch berücksichtigen, daß die Tarifpartner sowieso nicht vor jeder Konkurrenz und Störung geschützt sind. So können einzelne Mitglieder der tarifgebundenen Gewerkschaft aus ihrer Organisation austreten und nach der Gründung oder dem Beitritt zu einer neuen Gewerkschaft um einen Sondertarif, der mit dem laufenden TV nicht in Einklang steht, kämpfen. Daß einem solchen Streik § 3 III TVG nicht entgegensteht, wurde bereits bei der Erörterung des deliktischen Streiks dargelegt [1]. Auch eine Allgemeinverbindlichkeitserklärung des TV ändert daran nichts, da dadurch die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer nur vom normativen Teil des TV erfaßt werden, nicht dagegen die schuldrechtlichen Pflichten aufgebürdet bekommen [2].
Es kann somit ein wilder Streik, der den laufenden TV widersprechende Regelungen erstrebt, nicht zu einer Aushöhlung des Tarifvertragssystems führen und auch keine Schmälerung des Ansehens und der Stellung der Gewerkschaften bewirken. Im Gegenteil dürfte die Gleichbehandlung mit den bestehenden Gewerkschaften mit der Folge einer Verhinderung der Monopolstellung der letzteren eher unserer demokratischen Ordnung entsprechen [3].

b) Friedenspflicht = zeitlicher Streikverzicht

Problematisch könnte aber sein, daß dem von dem wilden Streik betroffenen und nachgebenden Arbeitgebern kein Äquivalent in Form einer Friedenspflicht gewährt wird. Die Friedenspflicht steht bei den Abschlüssen von TV als Gegenleistung für die vom Arbeitgeber zugestandene Verbesserung der Arbeitsbedingungen eindeutig im Vordergrund, weil die Arbeitnehmer gerade durch ihre Koalitionsbildung entgegen ihrer sonstigen sozialen Unterlegenheit auf individueller Ebene mittels Störung des Arbeitsfriedens die Unternehmersphäre empfindlich beeinträchtigen

---

1 vgl. oben S. 108, 109

2 vgl. oben S. 108

3 vgl. auch Ramm, Friedenspflicht, S. 43 ff

könnten. Eine solche Gegenleistung können die wild Streikenden mangels Tariffähigkeit nicht erbringen [1].
Hier wird man aber differenzieren müssen. Werden mit dem wilden Streik nur Einzelmaßnahmen erstrebt, so stellt sich mit der Erreichung dieser Zielsetzung nicht mehr die Frage einer Einhaltung der "Vereinbarung", denn mit der Vornahme der erstrebten Maßnahme durch den Arbeitgeber - etwa die Wiedereinstellung eines entlassenen Arbeitnehmers - ist der Streitpunkt erledigt. Anders verhält es sich, wenn Gesamtverträge zwischen den wild Streikenden und dem Arbeitgeber ausgehandelt werden. Hier muß der Arbeitgeber ähnlich wie beim Abschluß eines TV für eine gewisse Zeit lang die Gewähr für das Unterbleiben weiterer Kampfhandlungen in Bezug auf die erstrittene Regelung haben. Dafür bietet sich der von Ramm [2] vorgeschlagene zeitlich begrenzte Streikverzicht an, auf den die Grundsätze der tarifvertraglichen Friedenspflicht Anwendung finden können. Die Bedenken dagegen, die auf dem sozialen Schutzbedürfnis beruhen, wonach auf individueller Ebene - schließlich wird der Streikverzicht ja Inhalt des Arbeitsvertrages - nicht über das Streikrecht verfügt werden darf, können hier nicht Platz greifen. Denn hier greift der auch dem Tarifrecht innewohnende Gedanke ein: Durch den zahlenmäßigen Zusammenschluß haben die Arbeitnehmer ähnlich wie bei einer gewerkschaftlichen Organisation dem Arbeitgeber gegenüber eine gleichwertige Position eingenommen, die es ihnen ermöglicht, das einseitige Diktat des Arbeitgebers im Rahmen der Arbeitsverhältnisse aufzuheben. Mit diesem Nachweis der Fähigkeit, eine ebenbürtige Gegenkraft zum sozialen Gegenspieler zu bilden, entfällt das Argument der sozialen Schutzbedürftigkeit und erscheint es angemessen und notwendig, einen kollektiven zeitlichen Streikverzicht zu Gunsten des Arbeitgebers zu verlangen. Ein erneuter wilder Streik, der unter Außerachtlassung des in den Arbeitsverhältnissen enthaltenen Streikverzichts begonnen wird, entbehrt dann der Rechtfertigung der Streikfreiheit.

---

1 Säcker, BB 71, 963; Rüthers, Arbeitgeber 71, 890

2 Ramm, AuR 71, 75

III. Streik - kollektiv ausgeübtes Zurückbehaltungsrecht

Die dem BAG wohl selbst unerträglich erscheinende Benachteiligung der Arbeitnehmer angesichts seines Verdikts über den wilden Streik versucht es durch eine Trennung zwischen wildem Streik und kollektiv ausgeübtem Zurückbehaltungsrecht etwas auszugleichen. Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts sei im Gegensatz zum Streik als Kollektivakt ein Individualakt auf dem Boden des Einzelarbeitsvertrages, der aber auch von mehreren Arbeitnehmern gemeinsam, d.h. in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken, durchgeführt werden könne [1].

1) Kein objektiver Unterschied

Bei den Ausführungen des BAG wird deutlich, daß zumindest in objektiver Hinsicht kein Unterschied zwischen Streik und kollektiv ausgeübtem Zurückbehaltungsrecht besteht. Das wird bestätigt durch die Argumentation der dem BAG zustimmenden Autoren, so wenn sich etwa Mayer-Maly [2] auf die wenig einleuchtende Behauptung beschränkt, es sei ein besonderer Vorzug der kollektivrechtlichen Arbeitskampftheorie, das kollektiv ausgeübte Zurückbehaltungsrecht und den wilden Streik präzise zu unterscheiden. Schon etwas ausführlicher setzt sich Capodistrias [3] mit dieser Problematik auseinander. So sieht er einen objektiven Unterschied darin, daß die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes im Gegensatz zum Streik den Arbeitgeber in Verzug setze oder daß der Streik durch eine Abwehraussperrung abgewendet werden könne, was gegenüber der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nicht möglich sei. Das sind aber doch gerade rechtliche Wertungen, die bereits von der Trennung zwischen wildem Streik und kollektiv ausgeübtem Zurückbehaltungsrecht ausgehen; die Möglichkeit einer solchen Trennung gilt es aber nachzuweisen.

Weiterhin führt Capodistrias an, der Streik sei nur als ultima ratio sozialadaequat, während das Zurückbehaltungsrecht sofort ausgeübt werden könne. Die These von der ultima ratio ist jedoch

---

1 BAG, AP Nr. 32 zu Art. 9 Arbeitskampf

2 Mayer-Maly, Anm. zu BAG a.a.O.

3 Capodistrias, Festschrift für Nipperdey Bd. II, S. 105 ff

äußerst umstritten und wurde hier bereits abgelehnt [1]. Außerdem vermag dieses Merkmal der Sozialadaequanz, das nur etwas über den Zeitpunkt des Beginns der Kampfhandlung aussagt, keine äußere Verschiedenheit zwischen beiden Rechtsinstituten begründen, ganz davon abgesehen, daß auch ein Zurückbehaltungsrecht nicht ohne weiteres ausgeübt werden darf.

Schließlich muß die Aussage desselben Autors, der Staat schütze das Zurückbehaltungsrecht zum Zwecke der Befriedigung des Schuldners, während er dem Streik gegenüber ungünstig eingestellt sei, auf völliges Unverständnis stoßen, denn damit wird einer der Grundpfeiler unseres Grundgesetzes, nämlich das Bekenntnis zur Sozialstaatlichkeit, geleugnet. Diese krampfhaften, auf eine Unterscheidung von wildem Streik und kollektiv ausgeübtem Zurückbehaltungsrecht bedachten Versuche, die sich in einer Aufzählung bekannter Rechtsfolgen erschöpfen, bestätigen nur die Gleichheit des äußeren Bildes beider Rechtsinstitute, nämlich eine kollektive Arbeitseinstellung.

2) Gleicher subjektiver Tatbestand

Später hat das BAG einen Unterschied beim subjektiven Tatbestand herauszustellen versucht: Während es das Ziel bei der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts sei, das bestehende Individualrecht durchzusetzen, wollen die Streikenden einen bestimmten Erfolg herbeiführen, ohne Rücksicht darauf, ob rechtlich ein Anspruch hierauf bestehe.

Aber auch mit dieser Aussage läßt das BAG die behauptete Verschiedenheit zwischen beiden Rechtsinstituten vermissen, denn es faßt die bei einem Streik mögliche Zielsetzung lediglich weiter als die des Zurückbehaltungsrechts, bestreitet aber nicht die Deckungsgleichheit beider Ziele bei der Verfolgung eines auch für die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts erlaubten Zweckes. Konsequenter argumentieren die Autoren, die zwischen Rechts- und Regelungsstreitigkeiten trennen [2]. Das Zurückbehaltungsrecht ist

---

1 s. oben S. 117 f.

2 vgl. etwa Grunsky, JuS 67, 64; Säcker, DB 69, 1941 und BB 71, 964; Söllner, ZfA 73, 21 f.

danach ein Mittel zur Durchsetzung bestehender Rechtsansprüche, also die Verteidigung der bestehenden Vertragsordnung, während der Streik typischerweise einen Angriff auf die bestehende Vertragsordnung darstellt.

Diese Ansichten gehen von falschen Voraussetzungen aus. So können mittels eines Zurückbehaltungsrechtes i.d.R. gar keine Ansprüche durchgesetzt werden, denn es gewährt kein Befriedigungsrecht wie etwa ausnahmsweise das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht (§ 369 HGB). Umgekehrt kann der Streik durchaus ein Mittel zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen sein. Wie bereits dargelegt [1], kann ein solcher Streik durchaus notwendig sein und entspricht auch dem Sinn des Streikrechts und dem Gebot der Waffengleichheit. Ein scheinbarer Unterschied zwischen beiden Rechtsinstituten ergibt sich nach der Ansicht dieser Autoren nur, weil hier der objektive Tatbestand des Streiks, nämlich eine Störung des Betriebsablaufes, mit dem subjektiven Tatbestand des Zurückbehaltungsrechts verglichen wird.

Die Ungereimtheit dieser Meinungen zeigt sich insbesondere bei einer Arbeitsniederlegung, an der Arbeitnehmer teilnehmen, denen ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, an der aber auch Arbeitnehmer beteiligt sind, die nicht zu einer Leistungsverweigerung berechtigt sind. Soll hier das Verhalten der einzelnen Arbeitnehmer rechtlich verschieden behandelt werden, obwohl die Arbeitnehmer einheitlich vorgehen und durch ihre gegenseitige Unterstützung gemeinsam den Druck auf den Arbeitgeber verstärken? Dieser Ansicht ist in der Tat Rüthers [2]: nach seiner Meinung ändert sich an der individuellen Zulässigkeit einzelner Leistungsverweigerungen nichts durch die organisatorische Zusammenfassung der Ausübung individueller Befugnisse. Es sei unvertretbar, aus pseudokollektivrechtlichen Gesichtspunkten die Arbeitnehmer zu einem einseitigen vertragstreuem Verhalten zu zwingen. Hier gibt selbst das BAG [3] zu, daß das ganze Geschehen nur einheitlich beurteilt werden könne,

---

1 s. oben S. 122 f.

2 so Rüthers, JZ 70, 627 und AuR 67, 136; ebenso Grunsky, JuS 67, 76

3 BAG, AP Nr. 32 zu Art. 9 Arbeitskampf

ohne also die sich auf ihr Zurückbehaltungsrecht berufenden Arbeitnehmer zu ihrem Recht kommen zu lassen. Das ist letztlich ein Eingeständnis der Tatsache, daß eine gemeinsame Arbeitsniederlegung mehrerer Arbeitnehmer nur als ein kollektives Vorgehen im Sinne eines Streiks gewertet werden kann. Die gleichzeitige Arbeitsniederlegung erfolgt gerade im Bewußtsein der Solidarität und einer daraus resultierenden größeren Realisierbarkeit des gemeinsam Angestrebten. Die gemeinsame Arbeitseinstellung erfolgt als bewußt innerlich zusammengehörend und gleichartig: Es wird dabei bewußt die individuelle Ebene des Arbeitsvertrages verlassen und ein Kollektivakt mit der Folge bezweckt, das gemeinsame Verhalten auch der gleichen rechtlichen Wertung zu unterwerfen, also unabhängig davon, ob einzelnen oder - was nur selten der Fall sein wird - allen die Arbeit Niederlegenden ein Zurückbehaltungsrecht oder ähnliches zusteht. Die Arbeitnehmer, die arbeitsvertraglich zur vorübergehenden Einstellung der Arbeit berechtigt sind, können gegenüber den Kollegen, die sich nicht auf entsprechende Rechte berufen können, nicht bevorrechtigt behandelt werden, weil sie durch das gemeinsame Vorgehen nicht nur ihre Rechte aus dem Arbeitsvertrag geltend machen, sondern auch die (wilde) Kampfmaßnahme der Arbeitskollegen bewußt und gewollt - als "Mittäter" - unterstützen. Es ist auch kaum vorstellbar und mit dem Grundsatz der Solidarität unvereinbar, daß die Arbeitnehmer, denen ein Zurückbehaltungsrecht zur Seite steht, es gutheißen, daß die sie unterstützenden und sich mit ihnen solidarisch erklärenden, aber kein individuelles Recht zur Arbeitsverweigerung aufweisenden Kollegen anders als sie behandelt oder gar infolge der gemeinsamen Aktion entlassen werden.

Es ist somit festzustellen, daß der Versuch des BAG, die durch seine Unzulässigkeitserklärung hinsichtlich des wilden Streiks entstandene Ungerechtigkeit für die einzelnen Arbeitnehmer mit Hilfe der Konstruktion einer kollektiven Ausübung des Zurückbehaltungsrechts abzuschwächen, als gescheitert angesehen werden muß [1].

---

1 vgl. auch Ramm, AuR 64, 353, 359; Weller, AuR 67, 76 ff.

IV. Teilnahme am wilden Streik ist kein Arbeitsvertragsbruch

Es erscheint nur konsequent, wenn die Gegner der Zulässigkeit des wilden Streiks die Teilnahme an einem solchen Streik nicht nur als deliktische Handlung, sondern auch als Verletzung des Arbeitsvertrages ansehen [1]. Verwundern muß es aber, wenn auch einige Befürworter der Zulässigkeit des wilden Streiks die Bejahung der Rechtmäßigkeit dieser Streikart von einer vorherigen Kündigung der Arbeitsverträge durch die Streikenden abhängig machen: andernfalls seien diese zwar nicht aus einer unerlaubten Handlung, aber wegen Arbeitsvertragsbruches schadenersatzpflichtig [2].

1) Allgemeiner Zweck der Streikfreiheit

Im Verhältnis von Arbeitsvertrag und Streik ist man sich heute einig, daß die Rechtmäßigkeit des Streiks kollektiv- und individualrechtlich einheitlich zu beurteilen ist (Einheitstheorie) [3]. Danach kann die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik keine Arbeitsvertragsverletzung sein.

Sieht man nun den wilden Streik als rechtmäßig an, so ist es inkonsequent, die Streikenden im Rahmen der Arbeitsverhältnisse wegen der Arbeitsverweigerung haftbar zu machen, da dadurch wieder die früher befürwortete Trennung zwischen kollektiver und individueller Ebene [4] eingeführt würde. Diese Trennung läßt sich nicht etwa mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit einer unterschiedlichen Behandlung von gewerkschaftlichem und wildem Streik in diesem Bereich rechtfertigen. Denn Zweck der Streikfreiheit allgemein ist es, die sozialschwache Position der

---

1 so BAG, AP Nr. 41 zu Art. 9 Arbeitskampf; Hueck-Nipperdey, S. 1006 ff m.w.N.

2 Nikisch, S. 166; Hueck, RdA 56, 204, der allerdings im Hinblick auf die Ergänzung des Art. 9 III nunmehr den wilden Streik als rechtswidrig ansieht (RdA 68, 430 ff); dagegen unter hauptsächlicher Berufung auf die Europäische Sozialcharta Ramm, AuR 67, 97 ff; 71, 65 ff

3 vgl. BAGE 1, 291; Brox-Rüthers, 219; Bulla, Nipperdey-Festschrift, S. 163; Siebrecht, S. 71

4 Nikisch, RdA 56, 325; Dietz, SAE 54, 92; Huber, S. 395; Niese, S. 48; Lehmann, SAE 52, 90

Arbeitnehmer, die als Einzelpersonen dem mit den Produktionsmitteln ausgestatteten Arbeitgeber schutzlos gegenüberstehen, durch die Möglichkeit kollektiven Zusammenwirkens zu einer dem Arbeitgeber ebenbürtigen Gegenkraft zu gestalten. Das ist beim wilden Streik nicht anders als beim gewerkschaftlichen Arbeitskampf. Bei der Erfüllung dieses sozialen Schutzrechtes spielt die Frage der Organisation, ob es sich also bei den Streikenden um eine festgefügte, auf Dauer angelegte Vereinigung oder nur eine ad-hoc gebildete Gruppe handelt, lediglich eine untergeordnete Rolle. Es darf daher nicht auf der individualrechtlichen Ebene der Zweck der Streikfreiheit zerstört werden. Eine solche Betrachtungsweise würde die im Grundgesetz vorgesehene Streikfreiheit in unzulässiger Weise einschränken. Sie würde zur Bedeutungslosigkeit verdammt, denn ein Kündigungsrecht mit der nachfolgenden Möglichkeit der Arbeitsverweigerung steht sowieso jedem Arbeitnehmer zu.

2) Widerspruch zu Grundsätzen der Kündigung

Überhaupt würde eine zum Zwecke der Führung eines Arbeitskampfes erfolgende Kündigung mit den für die Rechtmäßigkeit einer Kündigung aufgestellten Regeln kollidieren. Denn während eine Kündigung ernsthaft und unbedingt sein muß [1], besteht das Ziel eines Streiks gerade nicht in der endgültigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern gerade in dessen Fortsetzung unter veränderten, verbesserten Bedingungen. Zwar gibt es auch die Möglichkeit einer Änderungskündigung [2], d.h. einer Kündigung unter der Bedingung, daß der Kündigungsadressat sich nicht mit den geforderten neuen Arbeitsbedingungen einverstanden erklärt. Doch steht bei dieser Art von Kündigung grundsätzlich fest, unter welchen Bedingungen das Arbeitsverhältnis fortgesetzt werden wird, während bei einer "Streikkündigung" die Art und Weise der weiteren Abwicklung des Arbeitsverhältnisses völlig ungewiß ist. Daher wäre eine solche Kündigung wohl auch als unwirksam anzusehen.

---

1 Hueck-Nipperdey I, S. 550 ff m.w.N.

2 Hueck-Nipperdey I, a.a.O.

3) Spontanität des wilden Streiks
Außerdem würde mit der Forderung nach einer vorherigen Kündigung der wilde Streik zu einem stumpfen Schwert gemacht. Gerade ein solcher Streik pflegt aus einem besonders aktuellen Anlaß und oft spontan auszubrechen, während zwischen Kündigungserklärung und -wirkung in der Regel eine geraume Zeit vergeht. Die Arbeitnehmer könnten auch wegen der unterschiedlichen Kündigungsfristen die Arbeit nicht zur selben Zeit niederlegen, was dem wilden Streik jegliche Schlagkraft nehmen würde.

4) Bedeutungslosigkeit der Gewerkschaftszugehörigkeit
Schließlich bliebe es unerklärlich, warum die nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer, die an einem gewerkschaftlichen Streik beteiligt sind, keinen Arbeitsvertragsbruch begehen [1], obwohl sie zu der Gewerkschaft, deren Existenz und Kampfleitung den maßgeblichen Grund für die Legitimierung der Arbeitsverweigerung bilden soll, keinerlei Beziehungen haben. Die Frage der Gewerkschaftszugehörigkeit ist daher für die Auswirkungen des Arbeitskampfes auf die Arbeitsverhältnisse zwischen Streikenden und Arbeitgeber bedeutungslos.
Es bleibt also dabei, daß die Teilnahme an einem rechtmäßigen Streik - unabhängig von der Frage der Organisation der Streikenden - keine Verletzung des Arbeitsvertrages zur Folge haben kann.

## V. Übernahme eines wilden Streiks durch die Gewerkschaft

Zum Schluß sei noch auf das Verhältnis des gewerkschaftlichen zum wilden Streik insoweit hingewiesen, als die Gewerkschaft einen bereits laufenden wilden Streik unterstützt oder sich ihm anschließt.
Nach der hier vertretenen, die Rechtmäßigkeit eines wilden Arbeitskampfes bejahenden Auffassung, ergibt sich dabei im Hinblick auf die Rechtmäßigkeit des Streiks keine Problematik.

---

1 vgl. Hueck-Nipperdey, S. 945 ff, 1006 Fn. 34 p; Brox-Rüthers, S. 220; Wiedemann, RdA 69, 321, 325

Die Gegner der Zulässigkeit des wilden Streiks müssen sich aber fragen, von welchem Unterstützungsgrad und Zeitpunkt an der Arbeitskampf als ein gewerkschaftlicher und damit als rechtmäßig anzusehen ist.

1) Intensität der Unterstützung

Zunächst stellt sich also die Frage, welche Aktionen seitens der Gewerkschaft zur Umwertung eines anfangs wilden in einen gewerkschaftlichen Arbeitskampf erforderlich sind, ob es etwa einer ausdrücklichen Genehmigung oder Übernahme bedarf oder ob bloße Unterstützungshandlungen, z.B. finanzielle Zuwendungen, an die Streikenden ausreichen.

In einem Fall, in dem die Belegschaft einer Schuhfabrik aus eigener Initiative mehrere Monate lang streikte, und die Gewerkschaft diesen Arbeitskampf zwar nicht ausdrücklich billigte, aber 400.000,-- DM „Gemaßregeltenunterstützung" zahlte und eine Massenveranstaltung zugunsten der wild Streikenden organisierte, sieht das BAG [1] den Streik nicht als von der Gewerkschaft übernommen an, betrachtet aber die Gewerkschaft gleichzeitig als Gehilfin der streikenden Arbeitnehmer, die nach § 830 II BGB wie eine Mittäterin für den entstandenen Schaden hafte; denn sie billige das Kampfmittel insgesamt und identifiziere sich mit den Maßnahmen der wild Streikenden.

Diese Entscheidung enthält zwar keine präzise Abgrenzung dahin, welche Maßnahmen der Gewerkschaft einen wilden zu einem gewerkschaftlichen Streik umgestalten; immerhin ist dem Urteil aber zu entnehmen, daß ein Arbeitskampf nur dann ein von der Gewerkschaft getragener Streik wird, wenn eine ausdrückliche Übernahme der Kampfmaßnahmen durch die Gewerkschaft erfolgt ist, während Unterstützungshandlungen in Form von finanziellen Zuwendungen oder Sympathiekundgebungen nicht dazu ausreichen, sondern lediglich eine Haftung der Gewerkschaft als Gehilfin der wild Streikenden auslösen. Diese Ableitung der Haftung der Gewerkschaft aus der Widerrechtlichkeit der Arbeitsniederlegungen steht

---

1 BAG, AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; zustimmend: Siebrecht, S. 133; Rüthers, Arbeitsrecht der Gegenwart 72, 24

übrigens im Widerspruch zu einem anderen Urteil des BAG [1], das die Gewerkschaft bei einer tarifwidrigen Aufforderung zu einer Massenänderungskündigung - die das BAG ja auch als wilden Streik bewertet [2] - aus einer selbständigen Kampfmaßnahme und nicht akzessorisch haftbar macht.

Ansonsten ist es seitens des BAG konsequent, wenn es in einer finanziellen Zuwendung durch die Gewerkschaft an die wild Streikenden keine Übernahme des Arbeitskampfes sieht. Die der Rechtswidrigkeit wilder Streiks vom BAG beigelegte ratio, daß die Regelung von Arbeitsbedingungen nur tariffähigen Verbänden übertragen ist, verliert durch solche Unterstützungsaktionen der Gewerkschaften nicht ihre Relevanz [3]. Denn der für die rechtfertigende Wirkung eines legitimen Streikbeschlusses und einer legitimen Übernahme maßgebliche Grund ist nach Ansicht des BAG der, durch den Arbeitskampf einen Tarifvertrag zwischen den Kampfparteien zu erreichen. Das ist aber nur möglich, wenn die Gewerkschaft die Streikleitung selbst in die Hand nimmt und das tarifliche Kampfziel festlegt [4]. Insoweit bedarf es einer Übernahme oder einer ausdrücklichen Genehmigung des wilden Streiks seitens der Gewerkschaft, um diesen zu einem gewerkschaftlichen zu machen. Ausnahmsweise rechtfertigen finanzielle Zuwendungen aber dann einen wilden Streik, wenn nach Scheitern tarifvertraglicher Verhandlungen die Gewerkschaft einen zuvor spontan ausgebrochenen Arbeitskampf durch Zahlung von Streikgeldern unterstützt, da hier letzlich die Unterstützung der Erreichung eines tarifvertraglichen Zieles gilt; hier kann auch von einer konkludenten Genehmigung oder Übernahme des Arbeitskampfes durch die Gewerkschaft gesprochen werden [5].

2) Rückwirkung der Übernahme

Liegt nun die Übernahme eines wilden Streiks durch die Gewerkschaft vor, so stellt sich für die Gegner der Zulässigkeit wilder Streiks die weitere Frage, von welchem Zeitpunkt an der Arbeitskampf als ein gewerkschaftlicher zu bewerten ist.

---

1 BAG, AP Nr. 1 zu § 1 TVG, Friedenspflicht

2 BAG, AP Nr. 37 zu Art. 9 GG, Arbeitskampf

3 so aber Mayer-Maly, Anm. in AP Nr. 33 zu Art. 9, Arbeitskampf

4 Löwisch-Hartje, RdA 70, 328; Konzen, ZfA 70, 192, 194

5 Mayer-Maly, a.a.O.; Konzen, a.a.O., S. 194

Ein Teil der Literatur läßt den Zeitpunkt der Übernahme des Streiks durch die Gewerkschaft entscheiden. Als Begründung wird teilweise die Gefahr angegeben, im Falle einer Rückwirkung könne die Gewerkschaft die für den gewerkschaftlichen Streik bestehenden Rechtsmäßigkeitsvoraussetzungen (etwa tarifliche Friedenspflicht, ultima-ratio-Prinzip) unterlaufen [1]. Zum Teil wird argumentiert, der mit der Zulassung einer solchen gewerkschaftlichen Übernahme verfolgten ratio, die Gewerkschaften ins Spiel zu bringen, sei schon mit der ex-nunc-Wirkung genügt [2]. Letzteres ist stark zu bezweifeln, denn mit der Überlagerung der individuellen Ebene durch die Kollektivhandlungen im Arbeitskampfrecht bezweckte die Rechtsprechung doch auch, die Arbeitnehmer von der Fessel der arbeitsvertraglichen Bindung zu befreien. Das spricht für die Notwendigkeit eines frühest möglichen Eingreifens der kollektiv-rechtlichen Rechtfertigung, in diesem Falle also für eine Rückwirkung der gewerkschaftlichen Übernahme auf den Streikbeginn. Die Bedenken einer Umgehung der für den gewerkschaftlichen Streik aufgestellten Rechtsmäßigkeitsvoraussetzungen können dabei nicht durchschlagen, denn selbstverständlich kann eine Rückwirkung im Sinne einer Heilung der Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes nicht in Betracht kommen, wenn die Gewerkschaft selbst im Zeitpunkt des Streikbeginns - etwa wegen einer entgegenstehenden Friedenspflicht - einen rechtmäßigen Arbeitskampf gar nicht hätte führen können. Dogmatisch konstruieren läßt sich eine solche Rückwirkung mit einer analogen Anwendung des § 184 I BGB [3]. Zwar handelt es sich beim Arbeitskampf nicht um einen rechtsgeschäftlichen, sondern um einen tatsächlichen Akt, aber seine Besonderheit, das an ihn unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden, je nach dem wer ihn vornimmt oder seine Vornahme zuläßt, rechtfertigt die Heranziehung des § 184 I BGB [4].

---

1 so Hueck-Nipperdey, S. 1008; Brox-Rüthers, S. 131

2 so Konzen, a.a.O., S. 182

3 so Bell, S. 69 ff; Löwisch-Hartje, RdA 70, 328; a.A. Ramm, AuR 64, 356

4 vgl. das Beispiel bei Löwisch-Hartje, a.a.O. Fn. 73

Wer also schon den wilden Streik als unzulässig ansieht, sollte wenigstens zugestehen, daß diesem Arbeitskampf durch eine spätere gewerkschaftliche Übernahme rückwirkend der Charakter des wilden Streiks genommen wird [1].

1 so auch BAG, AP Nr. 3, 32 zu Art. 9 Arbeitskampf; AP Nr. 3 zu § 1 TVG Friedenspflicht; Hanau-Adomeit, S. 74

## Lebenslauf

Ich wurde am 13.2.1945 in Essen als Sohn des Betriebsführers Siegfried Benecken und seiner Frau Dora, geb. Kleeb, als Deutscher geboren. Am Albert-Schweitzer-Gymnasium in Marl erwarb ich am 22.2.1965 das Reifezeugnis. Nach 9 Semestern Studium der Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität bestand ich am 4.5.1970 das erste juristische Staatsexamen. Am 26.6.1970 wurde ich zum Rechtsreferendar ernannt, mein staatlicher Vorbereitungsdienst endete mit der Ablegung der zweiten juristischen Staatsprüfung am 2.12.1974 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen. Seit dem 24.7.1975 bin ich als Richter am Verwaltungsgericht in Gelsenkirchen tätig.